2.



SPECULUM IUSTITIÆ, ORA PRO NOBIS.

POR

DON FRANCISCO DE CARDENAS DEL COMERCIO de esta Ciudad, vezino de ella, Gentil hombre de la Artilleria.

CON

D. SALVADOR GALLEGOS DE SANTA CRUZ, VEZIno asimismo de ella,

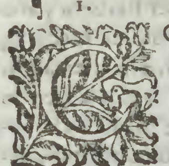
SOBRE,

Que se declare por nula, y de ningun valor, ni efecto la Contrata sobre la venta de las Viñas, Partido de Morabayte: por aver insidido en dolo; y q̃ se le restituyan al dicho D. Francisco las cantidades q̃ tiene depositadas: y quando lugar no aya, q̃ se le ayga de sanear, y afiançar la venta de dicha Viña, con hypotecas suficientes à el valor depositado:

Y asimismo sobre, q̃ se declare aver contenido lezion enorme, y enormissima la venta de los frutos del año de 26. q̃ estaban pendientes, y sobre q̃ se le dè el valor regular à la Casa, correspondiente á la Viña, y tierras, por su corta extension.

Quid gloriaris in malitia, qui potens est in iniquitate? Psalm. 51. num. 1.

¶ 1.



CON RAZON SOBRADAMENTE justa preguntaba el Real Propheta Rey, quien se podrâ gloriar en su malicia? Empero su summa discrecion se hallô là respuesta; el que fuesse poderoso en la iniquidad. Muy à la letra conviene con su inteligencia Belarmino (1.) empero porque ha de servir para norte de nuestra Contrata, el distico segundo del citado Psalmo (2.) Y aunque es cierto que habla el texto Sacro de la delacciõ de Doeg idumeo infame, que hizo à Saul contra los Sacerdotes, su inteligencia será bien acomodada al assumpto de aver premeditado la Contrata Don Salvador averla por si notado à su disposicion encubriendo los gravamenes de la Viña, cõ aparentes vozes de seguridad, dexando solo en descubierto al Don Francisco, quien por su ninguna inteligencia no conociò el dolo, y menos pudo prevenir el engaño; assi como Doeg no hizo la delacion repentina, antes bien si premeditada, assi Don Salvador, quando fuè á las Casas de Don Francisco acompañado de sus amigos, y parientes á hazer la Contrata, à disponerla, ordenarla, y notarla, buscando la ocasion mas commoda de hallar solo â Don Francisco, no fuè repentino este hecho. *El texto Sacro:*

(1.) *Belarmino supra Psalm. 51. n. 1.*

(2.) *2. ibidem: ibi: tota die in iustitia cogitabi lingua tua sicut novacula acuta fecisti dolum.*

 lo-

tota die (inquit) in iustitia cogitabit lingua tua. Esto es mucho tiempo antes allà en su corazon lo andaba disponiendo para quando lograsse la mas oportuna ocasion para disponer la Contrata. (3.) Que luego, que logrò la ocasion aceleradamente la practicô; assi como la navaja del Barbero, aceleradamente corta, assi la puso en execuciō, (4.) la qual executò con vozes bien adornadas llenas de la mayor seguridad en lo aparente del sonido, para persuadir â el fraude (5.) en el todo como lo consiguiô, dexar à Saul engañado. Como à Don Francisco Don Salvador; mediante vna dolosa, y fraudulenta Contrata. (6.) Luego bien podrà oy Don Francisco al vèr extendida la Contrata, que desde su principio, y origen insidió en dolo, valiendose de la malicia de las vozes para que en ellas mismas quedasse engañado Don Francisco, ocultandose, y suprimiendo la verdad. (7.) bien podrân assegurar todos, que no pudo prevenir esta premeditacion de Don Salvador de ignorancia suya, ni de otra causa alguna, por mas que la quieran acomodar de justificada, por que demàs, que no la creerà ninguno, por là practica, y esperiencia, que comunmente se tiene del referido, ella misma està manifestando, que no solo naciô de su proprio interese, si tambien de su mala voluntad. (8.) Para mas bien poder perjudicar à su salvo al dicho Don Francisco, que hazerle beneficio. Prosigue el texto Sacro: *ibi: dilexisti omnia verba precipitationis lingua dolosa.* Y como en vn contrato doloso solo en êl, se halle la mentira, y se registre la iniquidad, y que esta es la causa mas acomodada pa-

(3.) *Belarmino ibidem n. 2. ibi: idest assidue cogitabas quomodo in iuste deferres, & tandem soluta ocasione lingua tua peperit, quod diu ante parturiebat.*

(4.) *Ibidē deinde addit deceptionē ab ipso celerrime factam esse quomodo nabacula acuta expeditissime, & facilime scindit.*

(5.) *Ibidē: siquidem paucissimis verbis omnino Sauli persuacit.*

(6.) *Ita tu facilime Saulē decepisti potest eciam per dolū inteligi dolosa, & fraudulenta occisio.*

(7.) *In predicto Psalm. ibi: dilecisti malitiā super benignitatē, iniquitatē magis quā loqui equitatē.*

(8.) *Ibidem: exqua radice pro-*

para la perdicion de muchos, engañando en ella à los inocentes para su ruina, y precipitacion. Luego bien podrà dezir Don Francisco al reconocerse la Contrata, que se le ocultaron los gravamenes, y que se le franqueô vn saneamiento, con vozes de seguridad; pero limitado al tiempo de su voluntad, q̃ la Cõtrata se premeditô para su ruina en este pleyto, y su caudal; y para vn assegurado lucro de Don Salvador: (9.) Prosigue el texto Sacro delineando el paradero de este fraude: *ibi: Procterea Deus destruet te infinem.* Yá se vè, que serà justa retribucion, que justificado este dolo, y engaño, como lo espera Don Francisco, se reconozca clara, y manifiestamente, que ha de obtener en justicia su justa pretension, y que se le ha de dàr el premio á Don Salvador, que por justa retribucion le es debido por el manifiesto engaño. (10.) A cuyo fin excitarèmos los fundamentos de derecho para que mediante ellos logre Don Francisco, el premio de su justificada pretension.

¶ 2. El hecho de este Pleyto, es muy difuso, por cuya razon no nos dilatamos en exponerlo, por no hacer muy molesta, y larga esta defensa, y solo en quanto à la Cõtrata, y demás circunstancias de ella, y de las probanças, y pretensiones de las Partes, las irèmos tocando cada vna en su lugar. Por cuya razon dividirèmos esta Defensa en quatro Azertos: En el primero, fundarémos, y probarémos, que dicha Contrata de la venta de la Viña, ha incidido en dolo, y engaño, y que es notoriamente nulla, y por el consiguiente, no ay en Don Francisco obligacion á su observancia, y que se le de-

prodierit illa calūniosa delatio ad dicit illa non prodidicet ex ignorantia vel casu aliquo, sed ex mala voluntate ipsius quia dilexit semper malum, potius quā bonū, & mēdatiū potius quā veritatē. Et potius nocere proximo quam ille bene facere.

(9.)

Ibidem: dilexisti inquit omnia verba quibus possent homines innocentes precipitari in ruina, & perditionem.

(10.)

Ibidem: atque hec est iusta retributio impiorū, vt qui alios perdunt ipse quoq̃ male pereant.

 be-

be debolver ſu dinero, ſin incurrir en pena alguna. En el ſegundo, fundarémos, y probarémos, que en caſo de que dicha contrata, no huviera inſidido en dolo, ſiendo, como fuè condicion expreſſa, que ſe avia de otorgar eſcriptura para mayor ſeguridad, y validacion, del dicho Contrato, no aviendoſe otorgado eſta, por el defecto de los grabamenes, que ſe ocultaron, ha lugar la penitencia del Contrato, y por el conſiguiẽte, queda la Contrata, como ſi no ſe huvieſſe hecho. En el tercero, ſe fundará, y probarà, que en el caſo de que la dicha Contrata huviera de ſubſiſtir, ſe le debe ſanear al dicho Don Franciſco, todo el precio, y valor de la Viña, con hypotecas valioſas, y ſeguras, haſta la miſma concurrente cantidad. En el qnarto, ſe fundara, y probarà, que la venta de los frutos, contuvo lezion enorme, y enormiſſima. Y que â la Caſa de la Viña, ſe le debe dar vn precio regular à las tierras, conforme el eſtilo, y bazarlo del principal valor, que ſe le dió.

AZERTO PRIMERO.

EN QVE SE FVNDARA, Y PROBArâ, que la Contrata de la venta de las Viñas ha incidido en dolo, y engaño, y que es notoriamente nulla, ê invalida, y por conſiguiente no ay en Don Franciſco obligacion à ſu obſervancia, y que ſe le debe debolver la cantidad depoſitada por el valor de dicha Viña, ſin incurrir en pena alguna.

¶ 3. MVcho peligra de Idòlatra de ſimiſmo, y de ſu capricho, quie

quien presume, que solo él acierta, y tiene privilegios de no errar. Vn entendimiento, que no dexa de acertar en todas sus operaciones, y direcciones, es Divino; pero afectar en lo criado infalibilidades es Luziferina soberbia. De los Sabios es propio el corregir, y emmendar sus dictamenes mal dirigidos para el mejor acierto (11.) aunq̃ á estos la penitencia de sus yerros es dificil por el sonrosseo, pero con ella adquieren sus glorias, las que en la memoria de las gentes se eternizan. Empero es la ceguedad humana tan summamente vanagloriosa, que de los errores quiere canonizar aciertos, y de las mentiras la mas cinsera verdad (12.) para acreditarse de sapientissimos. Supuesto tan infalible principio passarèmos à fundar, que el que dictò la Contrata, quiere que estè en la disposicion de ella, el no quedar obligado á mas de lo que quiso, ni menos que ay facultad, que pueda privarle de su advitrio, aunque en lo referido padesca el tercero, y reciba todo el daño el comprador, y todo el LVCRO à el vendedor, todo este es el empeño de este Pleyto.

¶ 4. Todo el empeño lo quieren apoyar con decir, que al principio de la Contrata, ô venta si se pacta, que el vendedor no ha de estar obligado â la eviccion no se le puede precissar á ello, (13.) y mas si le quieren añadir, que mediante dicha Contrata quedò el Contrato puro, y perfecto, sin necesitar de otro acto, ô condicion para acomodar estos lugares, porque de otra forma no pueden venir bien para el empeño.

¶ 5. Tambien colorearàn este intentō con dezir, que en la forma, que vno se qui-

(11.)
Divus Ambrosius in Epist. 3. ad Simpliciā: ibi: nihil peccare solius est Dei: emendare sapientis est: idtamē dificile.

(12.)
Ibidem: in homilia: homines enim sumus quamvis sapientissimus.

(13.)
Text. in leg. emptori dupla, in principio ff. de evictionibus: text. glos. in leg. pacta cōventa ff. de contraenda emptione: lex non id sirco. Cod. de evictionibus: lex 2. Cod de heredit. Guzm. de ebictionibus n. 4. qq. 2. n. 7 ibi: hoc tamen limita si à principiū nō est conventū quod venditor teneatur cabere de ebictione; alias non tenetur cautionē prestare, acper prædita iura relata demonstratur. ubi quod tempore contractus comprehensum non est, peti non potest. Contractu perfectu. Surd. cons. 68. n. 3. lib. 1.

(14.)
Lex. 2. tit. 16. lib. 5. de la recop. Greg. Lopez in leg. 2. part. 5. tit. 11. Glos. 4. Zaballos comunes contra comunes 54. & alij.

(15.)
Antonius Gomez tom. 2. cap. 2. n. 34. vers. tamen: ibi: tamē indivisione hereditatis nō debetur euictio, nec pretiū rei si inter heredes actū est quo nō teneatur de evictione; quia tali casu consideratur inter eos ratio mutui periculi, & sic nemo remanet lesus ex tali cōvētione: Cardenalis Tuschus l. t. E. cōclus. 362. & alijsque cōgerit Ayllō á Gomez n. 38. verslc. aliquid.

(16.)
Predictus Gomez in dicto loco & n. 34. ibi: quod licet in allijs cōtractibus inquibus debetur evictio teneatur vēditor vel alienator saltem ad pretium, & extimationē rei, etiā si expresse dictum sit quod nō teneatur de evitione, & in n. 33. per totū: Ayllō á Gomez

so obligar, se tenga por obligado (14.) Y tambien podrán figurar otro fundamento, formandolo en la divicion de la herencia, q̃ hacen entre sí los herederos, si al tiempo de ella pactan, que no han de estar obligados â la eviccion, ni al precio de la alaja, porque en ellos en este acto se reconozca, que entre si, tratan de vn igual mutuo, y peligro, y que ninguno de ellos de él puede salir lezo, ò engañado, entonçes no lo quedan. (15.) Empero, como estos son distintos casos, que los de este Pleyto, antes si, son muy contrarios, pues en estos mismos lugares se expressa lo contrario, explicando la diversidad de los contratos en que se debe eviccion, como son en los de venta â lo menos del precio, y estimacion de la cosa vendida, aunque expressamente se aya pactado, que no ha de tener lugar la evicciō, (16.) y si en estos fundamentos antecedentes se ha puesto toda la esperança para el fomento de este Pleyto, de ellos poca le puede quedar â Don Salvador, y mas quando ninguno de ellos, aunque se contuvieran dentro de los terminos de este Pleyto, le liberta de la restitucion de el precio por el q̃ debe afiançar.

¶ 6. Supuesto que los dichos fundamentos aunque se quieran valer de ellos, solo le podràn servir de condenarle al Don Salvador à la eviccion de el precio de la Viña, empero no para lo especial de este Pleyto, por cuya razon nos harèmos cargo de la Contrata, y de sus palabras para manifestar, que de todas formas se venga en conocimiento, que dicha Contrata, ha insidido en dolo, y engaño, y que no debe subsistir.

mez ¶ 7.

¶ 7. La Contrata fuè el dia 31. de Agosto de 726. las palabras conque se empieza en ella, entran manifestando, que quien la dictó fuè Don Salvador Gallegos: (17.) vá expressando las partidas, que vende, y de quien las huvo, que se avia de apreciar, y se le avia de pagar en buena moneda, y declara las cargas siguientes *: ibi : Que sobre los majuelos de Rizo y tierras paga cẽso perpetuo al Convento de S. Domingo; & ibi: y en las tierras, q̃ llaman Cabezadas de Cabello, pretende dicho Convẽto, tener censo de 150. ducados abierto, y otra gallina de perpetuo sobre q̃ se està sigeindo pleyto, y q̃ aunq̃ tenia justificado ser incierto, y fantastico, sin embargo por no averse dado* sentencia en el dicho pleyto, en el grado de apelaciõ, q̃ oy tiene me obligo à sanear al dicho D. Francisco *TODO AQUELLO, QUE POR RAZON DE DICHA TIERRA QUE LE VENDO, lastare, ó pretendieren q̃ laste : & ibi:* Declara ciertas redẽciones, y entre ellas la siguiente, *y otro censo de* 3U600. *reales de principal, q̃ tuvo cabimento en la Viña de Cabello, y sus tierras, perteneciente al Mayorazgo, que fundò Francisco Ximenez del Aguila, lo consigné, y depositê con sus reditos en manos de la Iusticia, quien lo hizo en Don Iuan Gutierrez de España.* Y los reditos los cobró Don Pedro de Castro, y Aguila, su Posseedor, y que quedò libre de este gravamen (18.) declaró assimismo, que sobre cada vna de dichas *suertes se pagaba* 4. *reales de censo*, à la Real Poblacion. Y que el expressado pedazo de Viña, que comprò de los vezinos del Burge, fuê con el cargo de 10. ô 11. reales al año, a dicha Real Poblacion, de cuyos Titulos, expressa enterará à Don Francisco, y se avia de quedar con ellos para su se-

mez n.38. vers. à primo quãdo expresse cõventim eSt quod vẽditur nõ teneatur evictione quod intelligi debet quod ad interesse non vero quod apretium de quo tenebitur.

(17.)

Contracta: ibi: he tratado, y ajustado cõ D. Francisco de Cardenas vezino desta Ciudad la venta de las Viñas de Santo Pitar.

(18.)

Cõsta, *averse cõtradicho este deposito del censo pertenecĩete à este Mayorazgo pretẽdiẽdo, q̃ la redẽpcion se debiô hazer cõforme à la obligacion, y q̃ se ha de declarar por nulla por no averse hecho en Antequera; cuya contradiccion, y nullidad no se ha determinado.*

ſeguridad. *Et ibi: que ſobre dichas Viñas, no ay otros gravamenes, ni Yò ſe los he echado ni la he obligado, ni hypotecado á coſa alguna, y aſsi lo juro â Dios, y vna Cruz en forma de derecho.*

¶ 7. Expreſſa las Viñas à la linde, que le quedan, con el cargo del cenſo Real de Poblacion (ſin otro gravamen alguno) *Et ibi: He de obligar, he hypotecar á la ſeguridad de eſta venta dichas dos Heredades de Viñas, majuelos, y tierras, con lo que pertenece, de tal manera, que ſiempre q̃ conſte, que en el tiempo q̃ he poſſeido las dichas Viñas, de la venta, las aya gravado, ó hypotecado, eſte al ſaneamiento con pacto abſoluto de enagenacion.* Proſigue otra Clauſula, que es la condicional no purificada, todavia de eſta Contrata: *& ibi: he inmediatamente, que eſten hechos los dichos aprecios, ſe ha de otorgar la Eſcriptura, con todas las Clauſulas, y requiſitos, y firmezas en derecho prebenidas para ſu mayor ſeguridad, y validacion.* Y quando huviera alguna duda en quien avia notado eſta Contrata; ella miſma lo manifeſtara en la aceptacion, que ſe le puſo al Don Franciſco de Cardenas, y ſe obligaron à no contravenir â ellas, con las mas rigoroſas penas, y obligaciones, cõforme á derecho, para que les obligazen à ſu cumplimiento, y ſe condenarõ en mil ducados para la Parte, obediente, ſacados antes mil reales, para que ſe les entregaſſen al Beneficiado mas antiguo del Señor S. Juan para que ſe convirtieſſen en Miſſas, y á los demâs aſſiſtentes ſe les avia de dar con la miſma facultad de poder apremiar, y de poderlos pedir, y fueron teſtigos Fray Ambro-

brosio Lopez, su intimo amigo; Don Joseph de Olivera Presbytero, su sobrino; y Juan Ximena, su Capataz.

¶. 8. Quando en los instrumentos interviene Escrivano, que dê fee del Contrato; presume el derecho, que quanto en dicho instrumento se contiene, es lo mismo, que si las partes lo huvieren dicho; y en especial en la regular eviccion, que en semejantes instrumentos se pone, (19.) y tambien; que se presumen puestas à ruego de las partes. (20.) Luego siendo dicha Cõtrata dispuesta, y notada por el dicho Don Salvador, à su advitrio, y voluntad, y à indemnisar sus interesses, poniendo Clausulas contra la misma naturaleza del Contrato; y siendo, como fué, sin intervencion de Escrivano, si extrajudicial, es consiguiente, q̃ quãdo la misma Cõtrata no manifestara quiẽ la dispuso, y notô la disposicion de ella, à favor del dicho Don Salvador; ser el mismo, que a su favor la dispuso, y porque el consiguiente no fuê dispuesta à ruego de Don Francisco, como se presume en las de otra naturaleza; ni menos que sus Clausulas le puedan perjudicar, assi por lo referido, como por lo que despues se expressarà. (21.)

¶. 9. Por cuyas razones, es precisso para entrarnos en lo principal de este Azerto, hazernos cargo de lo literal de la Contrata, y que cosa es eviccion, y quien està obligado à ella, y en quantas maneras lo puede quedar el vendedor, para que con mayor facilidad se comprehenda el assunto.

¶. 10. La eviccion se divide en quatro

(19.) *Ita Guzman de evictionib. qq. 2. n. 34. & 44. ibi; & ratio. est qui á scribere notarius præsumitur, quæ á partibus dicuntur, & quidquid scribit habetur acsi apartibus dictum fuisset.*

(20.) *Ibidem: aposita censetur ad rogatum partiumque, sunt de natura contractus. Molina de may rauib. lib. 4. cap. 2. n. 52.*

(21.) *Ibidẽ: Guzman n. 45. ibi: verba enim notaris sunt verba partiũ, quando sunt facti, ergo impredicta contrata omnia verba sunt prædicti Domini Salvatori Et non predicto Domino francisci*

tro especies expressa, (que es la que las partes pactan:) tacita, que es (quando la omiten) solemne (es aquella que se comprehende debaxo de muchos casos como es en la expressa, y otros) y impropria es (quando el vendedor expressamente pactó no quedar obligado â la eviccion.) Que son todas las que traen los AA. para acomodarlas á los casos que se puedan ofrecer (22)

¶ 11. Supuesto que por la parte de Don Salvador Gallegos, se ha fundado, que la eviccion no es de la essencia, y naturaleza del Contrato de venta (para excluir la obligacion absoluta, y que solo conforme al pacto ha de subsistir la limitada) no hemos visto la prueba de este fundamento, por que no se enquentra quien sigua la referida opinion; y pues la afirmativa es cierta de que aunque el vendedor no se obligue à la eviccion lo queda por la naturaleza de el Contrato, (23.) y por esso se le concede el derecho à la repeticion de el precio, y se llama ficta eviccion, por que nace de la misma naturaleza de la venta. (24.)

¶ 12. De forma, que no se ha contentado Don Salvador con aver puesto en planta llana vna media forma de eviccion, que tambien quiere dar á entender, que ha nacido vna nueva disposicion de derecho para mantenerla, sin quedar obligado a mas de lo que quisiesse quedar, y lo mismo sus vienes por negar, como està expressado en el antecedente, que la eviccion no viene, *ex consequenti*, del Contrato de venta de su essencia, y naturaleza de êl. Porque como dicho es, aunque no se pacte se le puede obligar al vendedor, â ella, por ser de la na-

(22.) *Predictus Guzm. qq. 2. n. 1. & sequentes: Surd. consejo 36. n. 25 & alij, donde expecificamente està todos los referidos casos.*

(23.) *Decio cons. 483. n. 15. Cardinalis Thuscus tom. 3. n. 2. Guzman in predicta qq. 2. n. 2. ibi: tacita evictio est quando venditur de evictione se non obligabit tamen ex natura contratus, non est nesse exprimi.*

(24.) *Textus in leg. 1. ff. de actionibus empti Baldo cōs. 289. lib. 2. n. 2. & predictus Guzmā qq. 2. n. 4. vers. sed debet agare ad interesse,* (y prosigue) *appellat fictā evictionem, quia in est denatura vēditionis. Surd. de Alimentis tit. 7. qq. 18. n. 18.*

naturaleza del Contrato, y biene la evicció. Es consequencia del; (25.)

¶ 13. Que sea nueva la obligacion de eviccion, que expresó en la Contrata, se manifiesta de las siguientes palabras · *ibi: E de obligar, è hypotecar á la seguridad de esta venta dichas dos heredades, de tal manera, que siempre que conste, que en el tiempo, que he posseido las dichas Viñas de la venta, las aya gravado, ó hypotecado este al saneamiento cumplido; con pacto absoluto de enagenacion; sed sit est*, que Don Salvador Gallegos, jurò en la Contrata, que las Viñas vendidas, ni tenian mas gravamenes, que los expressados, ni èl se los avia echado; luego las Viñas, que ofreció hypotecar à la evicció, y saneamiento no quedaban obligadas â èl. La mayor se prueba de la misma Contrata, en que jurô no averlas obligado en el tiempo de su possession; la menor; se evidencia de la condicion de la Contrata: *ibi: de tal manera, que siempre conste, que en el tiempo, que he posseido las dichas Viñas, de la venta, las aya gravado, ò hypotecado este al saneamiento cumplido: ac per consequens.* La obligacion de eviccion, no solo fuè limitada, empero ninguna. De mucho ruydo las palabras, empero la substancia de ellas, todas dirigidas à vender libre su Viña, y quedarse con las demás indemnes.

¶ 14. Expressamos, que ha sido nueva invencion, de eviccion la antecedente, porque en las quatro especies referidas, no se encontrará expecificamente; por q̃ es expressa, y absoluta; à si Don Francisco justificase, que Don Salvador, las Viñas, q̃ vendiò en el tiempo de su possession, las huvies-

(25) *Paulo de Castro cōs. 207. libro 1. glos. fin. in fin: textũ in leg in venditione ff. de evictionibus. Idem Guzmã num. 5. versic. qui a est de consequentibus, & naturalibus cōtractus emptionibus.*

vieſſe obligado, ò hypotecado ; y no lo es, ni aun en el concepto de limitada, por no quedar à coſa alguna ſiempre que Don Frácisco no le juſtifique obligaciones, hechas por el ſuſodicho. Y de eſtas dos circunſtancias fundandonos en la miſma Contrata; ſacarémos en limpio con la mayor juſtificacion, que al tiempo de la Contrata, Don Salvador inſidiò en dolo, por aver ocultado los gravamenes, que ſe expreſſarán, y tambien faltò â la Religion del Juramento, por conſtar aver gravado, é hypotecado todo ſu caudal, en la fiança de 500. ducados, que en virtud de ſu poder ſe otorgò de eſtar à reſidencia el Alcalde Mayor, que fue de eſta Ciudad Don Diego de Cardenas, el año de 723. y que aunque no huvieſſe mas gravamen, é hypoteca que eſta, ſe purificó la condicion para la eviccion abſoluta. Y nos hemos entrado en el Azerto, y ſu prueba ſin penſarlo.

¶ 15. Supueſto, que hemos fundado la obligacion en el que vende, yà ſea tacita, yà expreſſamente de quedar obligado â la eviccion: y ſaneamiento de la coſa que vende, ó â lo menos de aſſegurar el precio, que recibe; y tambien hemos probado, que mediante el artificio de la referida Clauſula, fué à no quedar obligado à coſa alguna, es preciſſo confeſſarnos, que el dicho Don Salvador en dicha Contrata, que diſpuſo, y notô, no hizo lo que debiò, que era diſponerla, de forma, que ſiempre quedaſſe aſſegurado el comprador para todos tiempos; y ſiempre que conſte, q̃ el vendedor no hizo lo que debiô, ſe preſume q̃ de parte dél intervino dolo (26.) y

(26.) *Textus: in leg. tutor ff. de adminiſtratione tutor ibi: dolo facere preſumitur, qui fecit, quod facere nõ debuit: textus in leg. dolo. ff. ad legem falcid. lex ſi procuratorem §. dolo ff. de mandatis: Menoch. conſ. 98. n.30. Farinacio in praxi Criminal part. 3. qq. 89. num. 92.*

y mas siendo de la misma naturaleza del contrato, y de derecho esta obligacion, que entonçes se presume cometerlo, quādo se falta à ello (27.) si se huviera quedado en el animo de Don Salvador, fuera dificultóso, el conocerlo, empero el disfraz de ocultarselo en la misma obligacion lo descubriò Seneca (28.) al vêr, que manifestava que se queria obligar, afiançando con vnas mismas palabras el no quedar obligado.

¶ 16. Hasta aqui hemos probado el dolo, por la presuncion de derecho; y aora hemos de passar â probarlo por el mismo hecho de aver ocultado diferentes gravamenes, que se expressaràn.

¶ 17. Sea el primer gravamen el de la redempcion del referido censo perteneciente al dicho Mayorazgo, pues aunque se aya conseguido, que el posseedor de el Mayorazgo actual, no aya proseguido el referido pleyto, sobre si se ha de hazer, la redempcion en Antequera, ó no, si es, ó no nula la redempcion por este defecto; si se declarâsse por sentencia por tal, es precissa la restitucion de los reditos, y estos se repetiran contra elposseedor de la Viña: este gravamen tiene dos partes, la vna la expressada; y la segunda aver callado al tiempo de la Contrata, que Don Pedro de Aguila, posseedor, q̄ fuè del dicho Mayorazgo, tenia reclamado el deposito, y nullidad desta redempcion; con lo qual quedó perpetua esta accion; y aunque aora de nuevo se emplaze al nuevo posseedor, haziendole saber el estado de estos autos este emplazamiento, no le puede perjudicar al Mayorazgo, aunque le perjudique â Don Joseph Zar-

(27.)
Textus in cap. qui cōtra iura de regulis iuris in 6. ibi: & quirē alege probibitū facit. Mascardo de probacionibus, cōclus. 495. n. 4. & conclus. 531. n. 50. & 102. Marc. Anton. Mazerato variarum lib. 2. resolut. 73. n. 8. & 9. ibi: dolusque est non facere id ad quod quis est obligatus facereq̄ tenetur.

(28.)
Seneca de morib. ibi: nil inster est (ait) quoanimo facias, quod fecisse vitiosum est, quia facta cernuntur.

NOTA.
El testimonio de los autos, solo consta averse presentado por D. Pedro de Castro y Aguila, las escripturas de la creaciō de dos censos, con expresion de estas clausulas de ser la obligaciō de la paga, y redencion en Antequera, con sumission, y salario; y que se huvieron por presentados los titulos: Y despues consta el deposito echo en Don Iuan Gutierrez, y reclamacion, que hizo D. Pedro de Castro, al tiempo que

que se le hizo saber por medio dela requisitoria: y assimismo consta, que aunque D. Pedro comprò vnas tierras en Anteq̃ra para el Mayorazgo, y para su paga pidiô el dinero depositado, se despachò requisitoria porla Justicia de Antequera; y por esta se le diô su cũplimiento, y se mandô entregar el dinero: no cõsta de notificacion al depositario, ni de otro acto al guno: y el año de 727. el dicho Depositario, diô pedimento ante la Justicia, diziendo: que era Depositario de dicho cẽso, que avia muerto D. Pedro de Castro, q̃ no lo queria tener en su poder: que se le hiziesse saber al subcessor, se mãdò despachar requisitoria: por esta Justicia; empero no se executò prueba de q̃ quando el Posseedor del Mayorazgo pidiò el dinero: no se le entregò para el beneficio dél; y aora para que conste, que se halla depositado, se bolviò àpedir dicho emplazamiento, y esto, lo que humea, es, que el deposito fuè fantastico, y à fin de pribar al Mayorazgo de sus reditos, como con efecto, con el pretexto deél, ha estado pribado de ellos. Y siempre que este hecho, q̃ consta de los autos, lo reclame, junto con el privilegio de menor no puede dexar de obtener.

Zarco, su nuevo posseedor; respecto de q̃ el Mayorazgo tiene dos personas, vna ficta, y otra intelectual, y a la persona ficta, no le puede perjudicar qualesquiera omission, y sobre si se puede, ô no en lo subcesivo, assi por lo referido, como por el privilegio de menor, y no pudiendo desde aora, para entonçes sugetar el advitrio, y determinacion de los Señores Juezes, lo q̃ se saca es, que en su principio se ocultô este gravamen en la Contrata, *vt dictum est*; y en adelante, no puede quedar assegurado, el qual no lo pudo ignorar el dicho Don Salvador; por que fué el que hizo el deposito, no arreglado à la fundacion del censo, y contraviniendo al pacto, y con él, se començô el litigio, y reclamacion.

¶ 18. Sea el segundo el de la fiança, que el año de 23. otorgô Don Salvador, por medio de vn poder de estar à residencia (hasta en cantidad de 500. ducados) la Justicia de esta Ciudad, contra lo mismo que jurò azertivamente en la Contrata, en q̃ quedaron por la general obligacion hypotecados todos sus bienes, y las Viñas de esta venta; y este es hecho propio, que tambien no pudo ignorarlo, y lo ocultô en la Contrata.

¶ 19. Sea el tercero gravamen; la reserva en la Real Carta Executoria, que obtuvo Don Salvador Gallegos, contra Salvador de Palma, á cuyo favor se le dexó por las vsuras paliadas, que intervinieron en la deuda; para que luego que constasse estár echo el pago de ella; se remitiessen los autos à la Real Chanzilleria, para que sobre ellas recayesse determinacion; cuyo grava-

men

men no pudo ignorar el dicho Don Salvador, assi porque fué echo que cometió en el emprestito, como que êl mismo siguiò la Executoria, y en virtud de ella; le despojô de las Viñas, á Salvador de Palma; el qual no se expresó en la Contrata.

¶ 20. El quarto gravamen, es de las tierras de Francisco Nuñez de Lara, porque aunque sobre esto dió querella Don Salvador Gallegos ante la Justicia Real; y con la mano, y poder que entonçes tenia; por el miedo, que todos le tenian al dicho Don Salvador, huviesse otorgado Escriptura, apartandose de qualesquier derecho, que pudiera tener â dichas tierras, porque no le bexasse, y molestasse dicho Don Salvador, ante la Justicia de esta Ciudad. Como esto no le podia perjudicar à Francisco Nuñez de Lara, respecto del referido miedo, como assimismo porque siendo como fueron dichos autos nulos, por defecto de Jurisdiccion, aunque sobre la dicha Escriptura de àpartamiento, ó declaracion, y sobre dichos autos huviesse avido sentencia passada en authoridad de cosa juzgada, se puede impugnar: (29.) y aun en caso de tres sentencias conformes no se puedē executar, puesta esta excepcion, como lo estará siempre que la ponga el dicho Francisco Nuñez de Lara; como de hecho la ha puesto con el nudo hecho de aver començado el pleyto en el Juzgado de Poblacion (30.) y no estando este decidido constando, como consta su certeza, por los testimonios, que estân en los autos de el, no se puede dudar oy, como tambien, que este gravamen no se expecificó en la Contrata.

Pieza 1. fol. 136 hasta el 150. hasta el amojonamiento, en virtud de despacho del Juzgado de Poblacion, à pedimento de Francisco Nuñez de Lara, de la partida del num, 20.

(29.)

Ita Terre Blanca de iure spirituali lib. 15. cap. 12. n. 28. ibi: si alij iudices, & Cancelaria in eis se intromiterent, iurisditionis defectu, impugnari possent quamvis trāslatæ sunt in rem iudicatam: & in tom. 3. lib. 2. cap. 20. ex n. 1. ibi: quia talis defectus nunquam reiectus intelligitur. Dom. Salg. de Regia protte pars 4. c. 3. n. 123. ac pariter etiā idem dicitur de nullitate ex defectu iurisditionis, & n. 124. ibi: quod huiusmodi, exceptiones non censeatur abstatuto excluse, etiàm si omnes exceptiones excludat.

(30.)

Ita Dom. Covar, practicar. qq. cap 25. n. 4. ibi: septimo his accidit non omnino aliena imo satis consona interpretatio, vt execution suspendi debeat, si adversus tertiā sententiam alij omnino conformem obiecta sit nulitatis exceptio ex eo quod iudex qui eā pronunciabit nō habuit iurisditionem, ad cognitio-

tionē causa ne ad eius difinitionem quasi hec defectus ad eo se potens quod impedia trium sententiarum conformum executionem. Y con estos fudamentos obtuvo dezicion, en la Real Chanzilleria D. Iuan Davila (contra D. Iuan Vazquez de Villa Real) el año de 715, inqua fuit Patronus prædicto D Iuannis Davila.

(31.)

Este gravamē lo cōfiessa D. Salvador en su declaracion fol. 37. de los autos Pieza 1. Y que no está fenecido este pleyto.

(32.)

Textus in leg. 1. ff. de confessis: ibi: nulla maior probatio quæ oris confesio: y por lo q̄ mira à la servidumbre; textus in leg. 1. §. venditor in principio ff. de actionibus empti: Maqueda in leg. contractus 23. de reg. iuris cap. 2. n. 5. vers. veluti: ibi: veluti inzelando servitu-

¶ 21. Sea el quinto gravamen; las dos ventas, que hizo de el Oficio de Procurador, que exerciò Joseph Ximenez Zamora, y à Nicolàs de la Torre, que oy lo obtiene, en las quales calló la fiança, que hizo Don Salvador Gallegos à favor de Pedro Garzes, quando entrò à exercer el Oficio de Procurador, lo qual consta por declaracion, que hizo Gallegos al fol. 36. de la 1. Pieza. Y no solo esto, si que no avia otorgado otra fiança alguna, afirmò debaxo de juramento, la que hizo à favor de la Justicia, de estar â residencia, en las quales quedaron obligados todos los bienes, por la general, luego siendo estas obligaciones hechas por el susodicho, y no pudiendolas ignorar al tiempo de la Contrata, el averlas ocultado, manifiestan el dolo. En ambas ventas hechas por Gallegos, â Zamora, y Torre, libres del referido gravamen, que se hallan â los folios 49. y 54 de la pieza 1.

¶ 22. El sexto gravamen, es el de la servidumbre de la Vereda, en vna de la Viñas, vendidas, en que huvo autos, y fueron pressos los Marotos) en tiempo, que el dicho Don Salvador, el año de 23. otorgò la fiança, á residencia de Don Diego de Cardenas, Alcalde Mayor de esta Ciudad) cuyos autos se llevaron à la Real Chãzilleria, donde penden sin desidirse (31.) el qual se ocultò en la Contrata, por el dicho Don Salvador, se assegura por libre de ella, que sea cierto, y que no estê decidido lo confiessa Don Salvador, y como no pueda aver mayor prueba, que la propia confession (32.) por el cōsiguiente el averla ocultado en la Contrata, fué con dolo,

y

y este mas assegurado, con la confiança de que este Pleyto se ha podido obscurecer, ò ocultar de forma, que hasta aora no ha parecido para averiguar el derecho cierto de esta vereda; y es cierto, que nada lo pone demás mala fee, como es, que siendo actor Don Salvador Gallegos en dicho Pleyto, y suponiendo, que no es cierto este gravamen, y que antes si fuè injusto, y violento despojo, que cometieron los Marotos; que no ayga presentado testimonio de dicha causa, que siguió contra los Marotos, y de las sentencias, ô del estado, que oy tiene dicho Pleyto.

tutem fundi, quilibet putatur. Vease la nota del n. 156. del segundo Azerto.

¶ 23. El septimo gravamen, consiste en vna Carta escripta por Don Alonso de Muezas, à Don Francisco de Cardenas, en que le dá â entender, que sobre las Viñas, que le ha vendido Gallegos, que fueron de Palma, se le pagaban al susodicho 9. reales en cada vn año, como cabeza, que és, de Francisco Ordoñes, lo qual se le avisa para que lo pague, y reconozca, y assi se lo previene: (33.) *Gallegos*, se refiere sobre este assunto â los Titulos de su compreda, y papel de Contràta (donde le parece se expecificaron todos los gravamenes de la Viña) *y que si tuviera el censo de la Carta, y se le huviera manifestado lo huviera pagado, siendo á parte legitima, y que puede ser que el censo, que le pide Don Alonso, sea de el encargado sobre la Viña del Beato, que fuê de vn fulano de Mora, la que no se incluyó en la venta, y que siendo clausula general dar pagados los reditos del censo al comprador, queda de su cargo el pagarlo todo.*

(33.) *Pieza 1. fol. 71. Carta de Muezas: idem fol. 73. declaracion de Gallegos sobre su cõtenido.*

¶ 24. Despues en el termino de prueba

ba ha presentado vn papel, en el qual confiessa el dicho Don Alonso de Muezas (q̃ tambien ha reconocido) que padeciò equivocacion en la Carta; y que no se le paga tal censo, este acto solo le podrà perjudicar al Don Alonso de Muezas; pero no al sucessor de la suerte de Francisco Ordoñez, y à su Magestad (que Dios guarde) que es el verdadero Señor: mas quando el mismo Don Salvador, no se atreviò â negarlo absolutamente, y anduvo con palabras amphibologicas, para manifestar las q̃ expressô. Luego este gravamen, aunque se diga, que en quanto á las personas ha quedado evaquado, no lo ha quedado en quãto al censo: y aunque estuvieramos en el caso dudoso; aviendo salido cierto los demâs, y este no negado absolutamente por Don Salvador Gallegos, *ac per consequens.* Justificado motivo para dudar de la libertad absoluta de la Viña vendida, y de sus hypotecas de este gravamen.

¶ 25. El octavo gravamen, de que siempre puede estar temeroso Don Francisco de Cardenas, es el de el ajuste que hizo Don Salvador, de las Alcavalas, y Cientos de la venta de esta Viñas, en 50. pesos, importando mas 14U. reales, y el què no se ha ajustado de los Cientos de la venta de los frutos pendientes, que importa mas de 3U. reales, con los Alcaldes Cobradores de la Villa de el Borge, à quien toca su percepcion por esta dicha Villa, y sus vezinos encabezada: este ajuste confessamos, que suena echo despues de la Contrata, por el dicho Don Salvador; empero como no se pueda dudar, que el derecho de Alcavalas; es

es derecho Real, que se paga à su Magestad, de todo el precio de lo que se vende, ó trueca, (34.) y aunque regularmente toca su paga al vendedor, y no al comprador, (35.) no se puede dudar la accion Rl. que ay contra la misma alaja vendida, que la causò, y su Posseedor, (36.) y se debe de todo el precio de la cosa vendida, aora sea justo, ò injusto sin desquento alguno. (37.)

¶ 26. Dize mas Don Francisco, el ajuste que hizo Don Salvador Gallegos, con Gaspar Arias, Alcalde del Borge, y Carta de pago, que este, y el Escrivano dieron, contienen muchissimos defectos insanables, de que siempre se debe temer Don Francisco, sin embargo de que se ajustó con los Alcaldes Cobradores: estos los funda el dicho D. Francisco en los motivos siguiẽtes.

¶ 27. El primero, es, porque el papel de Contrata, no es vna venta pura, y simple, sino es, vn papel de promessa de venta, en que dize Don Salvador: que ha tratado, y ajustado con Don Francisco de Cardenas, la venta de las Viñas, y que se ha de entregar su precio luego que se aprecien, y se avia de otorgar Escriptura para mayor validacion del Contrato: estas dos Clausulas no hazen la venta pura, y simple; si solo es vna promessa de vender, ó condicional, à quando se otorgue la Escriptura, y assi la Alcavala no se debe hasta la purificacion de la venta, ó el trueque, y no de la promission antecedente, y tiempo de ella; si al que lo debe percebir al tiempo q̃ se purifica (38.) aunque sobre quien la debe cobrar estàn opuestos ambos lugares,

(34.) *Textus in leg. 1. & 2. tit. 17. lib. 9. recop. 35.*

(35.) *Textus in leg. 1. & 3. idem tit.*

(36.) *Volaños in sua Curia lib. 1. Comercio terrestre cap. 14. n. 3. verſ. aunque el comprador sea essento.*

(37.) *PredictusBolaños n. 72.*

(38.) *Ita Lanzarte de decimis cap. 17. n. 42. & 43. & seq. & in cap. 13. n. 4. Azebedo, in leg. 2. n. 17. 18. & 19. tit. 17. lib. 9. recop. idem Volaños in sua Curia n. 56. verſ. de que se sigue.*

Y sobre la purificacion de la condicion: Lanzarte cap. 3. 5. & 6. per totũ. & Volaños in predicto cap. n. 70.

 por

por no ser del dia no nos de tendremos en probar â quien toca ; pues esse será otro motivo mas que deba temer Don Francisco.

¶ 28. El segundo fundamento, es, respecto de que quando Don Salvador Gallegos, ajusto la Alcavala no estaba justipreciada la Viña ; y despues de ajustada saliò el aprecio tan excesivo : y como sea indisputable, que aunque estè ajustada la Alcavala, con el Cabezón, ó Alcavalero en cierto precio determinado, si despues de esto crece immoderadamēte la negociaciō, ò el valor de la cosa vendida, ó se disminuye, se debe augmentar, ô disminuirse el precio. En que se consertò la Alcavala : y la razon, es, porque lo que se añade, ô quita, a lo que se reguló para el primer Contrato, se haze cosa nueva. (39.)

¶ 29. Y aunq̄ Lanzarte en sus add. (40.) refiere vn caso que èl determinó, y lo assegura por no poco frequente ; que despues de encabezada vna Villa, y antes de vender, vn vezino ; que tenia su heredad en su Territorio, les dixo à los Alcaldes Cobradores, que si de 10. escudos de oro en que èl podia vender su heredad, por la venta de ella ; yà la venda en mas, ò en menos, quedaron ajustados en la dicha cantidad, despues la vendiò en 1ʒ. escudos de oro, el Consejo reconociendo la lecion tan grande puso pleyto, y pidió la Alcavala integramente, y fué de dictamen en favor del vendedor, porque este lo fundô en que el pacto, y ajuste de el Alcavala ; fué antes de tratar de vender, pues si la ajustaba barata venderia, ô si no, nó ; en que no avia adquirido derecho alguno : la Vi-

(39.) *Ita Gironda de Gabelis. pars. 12. n. 28. & seqq. & predictus Volaños c. 15. Comercio Terrestre n. 21.*

(40.) *Ita Lanzarte in add. ad cap. 18. n. 92. vers. Rursus.*

Villa, por las Alcavalas antes de tratar de vender, y se bolvia al tiempo antes de la cōvēcion, ô ajuste (41.) y sin embargo le cōcede derecho contra los Alcaldes, que màl administraron. Empero esta Doctrina, y sus fundamentos son muy distinctos, porque el ajuste que hizo Gallegos, fuè yá despues de la Contrata, que èl hizo, en que no se podia separar de la venta, y se le podia obligar á ello; *vt patet* de la misma Contrata; el excesso de mucho mas de lo que es necessario, para la prueba de la lecion enorme, y enormissima; los frutos no quedaron comprehendidos; el Alcalde Gaspar Arias, y el Escrivano son Amigos de Don Salvador; y aun ha depuesto como testigo, à su favor el dicho Alcalde, en la probança de este pleyto; de forma, que de qualesquier forma que se considere, siempre queda expuesto Don Francisco à perpetuo litigio; y mas si con el privilegio de menor que goza la Villa, las grandes contribuciones, que han tenido, y están pagando se valiessen assi de alegarlo en lo sucessivo, para repetir tan considerable daño, con mas los fundamentos antecedentes de que avrâ servido? El oponerse á que se le cite; y averse mandado assi: si respecto de la Real Provision, que ha obtenido Don Francisco, para este efecto; se ha denegado; que esta denegacion les servirà de otro fundamento, para exclamar en los Tribunales este derecho, y en este caso, jamàs se le podrà contemplar al dicho Don Francisco, à lo menos libre del gravamen de vn Pleyto; embarazo para vn hombre del Comercio, como el susodicho, que no se le puede figurar mayor.

¶ 30.

(41.) *Ibidem Lanzarta vers. quæsitum: ibi; quid Iuris? & cōsultus pro venditori respondi; vel hoc presipuo fundamēto, quia restituere est imprisinum statum respōdere si vere ducere; textus in leg. si m nor ff. de minoribus, & ibi: quod quidem si fiat manifeste apparebit nullā Gabellam cum venditorem debere eoquod tempore cōventionis super Gabellæ solutione factæ non dum erat venditio contracta, & liberum venditorē vendere. Eoquod tēpore cōvētionis supergabelę solutione factæ, non dum erat venditio contracta, & liberum. Erat venditori vendere vel nō vendere: & si postea vendidit, vendidit quidem suposito pacto decerta quantita solvenda gabelę nomine, absquequo non esse venditurus.*

Et ibi: adversus suos Rectores, & Admi-

ministratores qui rem eius male administrarunt.

¶ 30. El noveno gravamen, es, de la nueva demanda, puesta por Salvador de Palma, sobre que se declaren por nullos los autos de la venta de Viñas, que Don Salvador le ha vendido â Don Francisco: y sobre que contuvo dicha venta lecion enorme, y enormissima, cuyo gravamen aunque naciô desde el dia de la venta de dichas Viñas, y Salvador de Palma lo avia manifestado, y encarga en el testamento, que otorgò el año passado de 1724. estando entonçes para morir, à sus herederos siguiessen este derecho: este no se ha puesto hasta despues de la Contrata, y aunque por D. Salvador Gallegos, temeroso de este sucesso, puso los autos ante Joseph Manuel Corbalán, Escrivano de este Numero, á distinto fin, y à proseguir las diligencias de el apremio (por decir que todabia no estava hecho el pago) que se le avia mandado hazer por dicha Real Carta Executoria, contra dicho Salvador, y Bartholomé de Palma su hijo, como su fiador: Yá se manifiesta, que seria con el animo zensillo en Don Salvador Gallegos, de que lograndose la prission de ambos pudiessen con mas facilidad, y commodidad desde ella poner su demanda, y seguir su Justicia; y aunque hizo quantos esfuerços fueron *ex cogitables*, despues para q̃ no consiguiessen se les oyesse, valiendose del mismo Escrivano Corbalán, para que el testimonio, que se le avia mandado dâr à Salvador de Palma, fuesse solo de la Real Carta Executoria, y que constaba, no estarle hecho el pago à Don Salvador; para que llevasse en substancia la Carta de Vrias, y se le denegasse la Audien-

cia,

cia, como con efecto lo hizo assi dicho Joseph Corbalàn, congratulando en este no pequeño beneficio à su Amigo Gallegos.

¶ 31. Reparô este perjucio Salvador de Palma, exclamandole repetidas vezes: y aviendo conseguido se le diesse el testimonio de lo q̃ avia señalado en vista de el qual cõsiguiô se le mandasse oyr, y poner los autos en el Oficio del Sucessor de Francisco Cavallero Corbalán, q̃ oy lo es Augustin Brebel, de quien ay testimonio en los autos de todo lo referido, y como sin embargo de aver supuesto Don Salvador Gallegos, que no estava hecho el pago en fuerça de dicha Real Carta Executoria; con solo aver alegado la lecion enorme, y enormissima Salvador de Palma, se le mandò oyr en justicia, y se despreciò la escriptura de apartamiento, que se dize aver otorgado Palma de dichos autos, empero no de dichos derechos.

¶ 32. Y aunque no está fenecido este juyzio, si Salvador de Palma justifica la lecion, demâs de las nullidades, que contienen los autos, con el dinero depositado, no puede aver bastante para la restitucion de los frutos, que ha dexado de percebir Palma en todo el tiempo del despojo, que à mas tiempo de 22. años, pues siempre que se declare, que el Titulo de la venta es vicioso, y nullo, ô reprobado, porque para todo tienen meritos los autos de el despojo de la Viña; pues por 6ꝟ. reales, que fué el principal de la deuda, los frutos que estaban pendientes, que valian 10ꝟ. reales, se re-

 ma-

mataron en 1ꝟ600. en que se comprehendieron otros muchos peltrechos; teniendo bienes valiosos en que trabar la execucion, se invirtiô el orden de el derecho; pues debiendose hazer en bienes muebles primero, (42.) y despues en los frutos, y en los raizes, respecto de que siendo actos q̃ se ponen por forma, y requisito de la ley, se deben guardar precissamente, (43.) cõ Salvador de Palma, no se observô esta forma; pues primero se prendiô cõtra lo prevenido por las leyes de estos Reynos, y demás fundamentos que llebamos expressados (44.) se practicô la postura en las Viñas, antes de los aprecios por Don Luis Fernandez de Cordova, Regidor, y persona poderosa en aquel tiempo en Malaga, quien hizo cession de el remate en D. Salvador Gallegos en 25ꝟ. reales: se le formò vn concurso de Acreedores, à memorial dado por Gallegos (sin que en todos huviesse quien molestasse a Palma; se recibiô à prueba, y se pronunciò sentencia de Graduacion, y sin hazersela saber à Palma, se passô en authoridad de cosa juzgada; todo ante Francisco Cavallero Corbalàn, Escrivano del Numero; que en el juyzio executivo, que diò principio â los referidos autos del despojo, fue Procurador de Salvador de Palma; cuyas nullidades con otras muchas ha alegado Salvador de Palma: de forma, que si con estas logra justificar la dicha lecion enormissima, ha sido Don Salvador Gallegos, posseedor de mala fee, desde el dia del despojo, y desde entonçes se le debe condenar à la restitucion de todos los frutos, que ha percebido por

ser

(42.) *Textus in leg. 3. tit. 27. part. 3. textus in leg. 17. tit. 21. lib. 4. recop.*

(43.) *Gregorio Lopez in leg. 3. glos. 3. tit. 27. part. 3. Parladorio lib. 2. rerum quotid. cap. fin.*

(44.) *Textus in leg. 19. tit. 21. lib. 4. recop.*

ser nullo, y viciosso el referido titulo (45.) y si solo justitificass , que fuê enorme la lecion, solo será la condenacion, y restitucion de los frutos desde el dia de la contextacion, y en qualesquiera de ambos casos quien podrá afirmar seguridades en la Contrata de la dicha Viña, que seguro será equibalente para dexar assegurado â D. Francisco de Cardenas, aunque no huviesse mas gravamen que este, que vale por mil, que no emos expressado otras circunstancias, que constan de los autos, por parecernos q̃ en esta defensa, sobran, y basta solo el apuntarlas.

¶ 33. El 10. Gravamen, consiste en la nueva demanda, que ha puesto el Real Convento del Señor Santo Domingo de esta Ciudad, sobre los reditos de el censo en la via ordinaria resultas del pleyto executivo, que se expressa en la Contrata hecha por el dicho Don Salvador; cuyo gravamen ha justificado Don Francisco de Cardenas, con testimonio, que ha presentado como de todos los demàs instrumentalmente se han justificado.

¶ 34. Don Salvador Gallegos; assi extrajudicial, como judicial ha negado, q̃ dichos gravamenes sean ciertos; y que demàs desto son figurados, de forma, que â no constar por tan repetidos instrumentos, y testigos se hiziera dudosa la pretencion de Don Francisco de Cardenas; empero aviendolos justificado en la forma expressada, no le quedará recurso â la negativa de Gallegos.

¶ 35. Pretendiò Don Salvador, por medio de la Contrata, en que asegurò las Vi-

(45.) *Textus in leg. Filio 16. §. contra tabulas ff. de innofitioso testamento. Naguerol aleg. 7. n. 60. & aleg. 29. n. 225. Vela decis. 38. n 96. Larrea aleg. 24. n. 6. Marcus Muta desc. 10, an. 17. Giurba desc. 89. n. 2. & 20. Castillo tom. 6. controv. cap. 135. an 60. Augustin Barbosa in voto desc. lib. 3. voto 76 n. 41. & Olea in add. tit. 8. qq. 1. n. 9. similiter si cessio anullanda vel rezindenda est lect. quę in eius precio intervenit reditus, si letio enormissima fuit, àdię cessionis. Si autem enormissimis à tempore litis cõtextata veniente. Y cita à otros muchos hasta el n. 10 per totum.*

Viñas, libres de los gravamenes expressados, para embolzarse todo el valor de la Viña, efectos propios de la ambicion, que siempre dessea algo, aun quando todo lo possee: como le sucediô à Alexandro Magno, siendo señor de todo el Mundo, que hazia buscar los erarios de la tierra, y cosas mas escondidas (46.) despues de aver vencido â Darío, y à los Indios, como lo discurrió Seneca con elegancia: puede ser que aya encontrado lo mismo Don Salvador, aunque con grave detrimento de Don Francisco.

¶ 36. De dos maneras, ô formas ha probado Don Francisco de Cardenas la certeza de dichos gravamenes, assi los que avia antes de la Contrata hechos, y practicados por Don Salvador; como los que se han manifestado despues que avia antes de la Contrata, y que no podia ignorar, y los que despues se han manifestado, aunque nacidos antes de los motivos, y causas por Don Salvador, que todos quedaron comprehendidos en el silencio, y negatiba de dicha Contrata, en que afirmó Don Salvador, baxo de juramento, que no avia otros, ni él se los avia hechado, que los q̃ en ella se expressan: y como esté prohibido por derecho semejantes afirmativas falsas en los vendedores, para engañar â los compradores (47.) y por ser este capital, y expresso para la prueba, su especie del segundo caso es, si se persuadiesse á repudiar cierta herencia, diziendo, y afirmãdo, que era de ninguna estimacion, ó gravosa; ô que eligiesse de dos Siervos legados el peor. En ambos casos el que asi lo persua-

(46.) *Ita Seneca Epist. 120. ibi: post Darium, & Indos pauper est Alexander, quarit quod suum faciat scrutatur eraria ingncta, & vt ita dicam, mundi, claustra perrumpit. Invẽustus est, qui compuciret aliquid post omnia: & R. P. Iuan Paul. Oliv. tom. 3. canciõ 9. f. 197.*

(47.) *Textus expressus in leg. siquis afirmavit 9. ff. de dolo: que por ser capital, y expresso se expressarà á la letra: ibi: siquis afirmavit miniman esse hereditatem, & ita eam ab herede, émit non est de dolo actio cum ex vendito sufficiat: si autem michi persuaseris vt repudiet hereditatem, quasi minus sit vel vt obtem servum quasi melior eo in familia non sit dico de dolo dandan si calide hoc feceris. Et in eius glos. verb. suficiat: & per accionem de dolo revocatur quatenus de facto procesit.*

ſuade; comete dolo, y ſe le dà la accion de dolo â el engañado, contra el que lo cometiò perſuadiendolo.

¶ 37. Tambien es muy propia de eſte aſſunto la *Ley* 23. *del miſmo Titulo* (48.) en donde ſe figura otro caſo ſemejante al antecedente: de aver inſtituido vn Teſtador á Pedro por heredero, y â Juan le legô 10. ducados, y hizo otros muchos; Juan Legatario, pidió ſu legado â Pedro con falſas perſuaciones, ò jurandole, que la herencia era muy grande, y opulenta, ô le manifeſtó muchos bienes, que aunque avian ſido de el Teſtador, yà no exſiſtian, con cuyos falſos ſupueſtos, y perſuaciones Pedro heredero le hizo pago al dicho Juan Legatario, de todo ſu Legado integramente, mediante dicha falacia, y engaño, en cuyo caſo ſe le concede à Pedro heredero engañado, la accion de dolo contra el dicho Juan Legatario, que le engañô: cuydado con el texto, que es mas propio de lo que parece para el aſſunto; pues dize: que Pedro heredero ſe hallaba ignorante de la ſubſtancia de la herencia, y q̃ ſe le perſuadiô con juramento, ó por otro modo de falacia, à la aceptacion de la herencia; y como no ayga coſa mas notoria, que ſer Don Franciſco de Cardenas ignorante de papeles, y contratos, D. Salvador Gallegos, inteligente, y muy verſado en papeles, y negocios, la Contrata llena de falacias, y perſuaciones, ofreciendo ſeguridades las mayores, haſta afirmar con juramento la libertad de las Viñas, no ſolo de los gravamenes antiguos, ſi tambien, que él no las avia gravado, eſtando

(48.) *Textus in leg.* 23. *ff. de Dolo malo. ibi: ſi legatarius qui ſupra modum legis falcidiæ legatũ eſt heredi ad huc ignoranti ſubſtanciam hæreditatis vltro iurando vel quandam aliam falacia perſuacerit tamquam ſatis abundeque ad ſolida legata ſolvenda ſuficiat hereditas atque, eo modo ſolida legata fuerit conſecutus: datur de dolo actio: Ita: Giurba en ſus Obſervaciones la* 9 *ſignanter n.*5. *& per tot Cuellar practica de indultos n.* 901.

juſtificado à la letra plenamente los que èl impuſo, mediante dichas fianças, *ac per conſequens*, incurriò en la referida prohibicion de derecho Don Salvador, engañando al comprador con falacia, y con juramento: luego ſe le concede por eſtas cauſas al dicho Don Franciſco, accion de dolo contra el dicho Don Salvador Gallegos.

¶ 38. Inſtrumentalmente, eſtá juſtificado, que en dicha Contrata, faltò Don Salvador à la Religion de el Juramento, aſſegurando con èl, y con Dios miſmo, interponiendolo por teſtigo, de que en ſu tiempo, no avia gravado las Viñas, que le vendia à Don Franciſco, ni las avia hypotecado; conſtando inſtrumentalmente las avia gravado vnas, y otras Viñas, con la referida fiança de 500. ducados, de eſtar á Reſidencia de la Juſticia (cuya cauſa eſtà oy pendiente. La que hizo â Pedro Garzês, que tambien ocultò quândo vendiô las dos vezes el Oficio de Procurador, y lo miſmo en la dicha Contrata, y como yá aygamos probado el fin con que ſe aſſegurò en dicha Contrata la libertad de dichos gravamenes, y de todos los demâs, que fuè engañar à Don Franciſco, y tomar el valor de las Viñas, vendidas integro, y dexar las Viñas, que en lo aparente ofrecia por hypotecas libres, aun contra lo miſmo que avia ofrecido en la Contrata; de el mayor ſeguro, y dexar al dicho Don Franciſco, deſpues de aver deſſembolſado integramente todo ſu valor, y lucradoſe Don Salvador con èl; dexar expueſto al dicho Don Franciſco, en perpetuoslitigios con los intereſſados en dichos

gra-

gravamenes, y con él despues, y con sus herederos en los recursos; y si avia, ô no lugar â ellos: Todo este dolo llevò embebido en sì el Juramento contenido en dicha Contrata, y demas falacias, conque en ella se le persuadiò, como ha de aver pena que baste á castigar este delito de perjuro, como lo assegura la Ley, por considerarlo dela mayor gravedad (49) y sus discretibas palabras dizen mas, que nuestra ignorancia, no alcança á conocer, y assi no acertarà á ponderar.

¶ 39. Supuesto lo referido, y que no se puede considerar aver incurrido en la pena de perjuro, y en el dolo; de este, y de el animo de cometerlo está *super abundanti*: probado averlo practicado exprofesito, y deliveracion: Don Salvador para engañar à Don Francisco, *vt antea retulimus*, y aunque no se puede tratar principalmente, de ella; si solo incidenter; por la misma razon las expressamos, para que con mayor claridad se venga en conocimiento de la justicia de D. Francisco. (50.)

¶ 40. Empero, porque no se discurra, q̃ las referidaspenas establecidaspor el referido delito de perjuro hablan en distintos casos separados de este pleyto, deseando con la mayor propiedad, no desviarnos de el assunto de él; y que estas mismas penas se les debe imponer, à los que en semejantes contratos asseguran las alaxas, que venden por libres de semejantes gravamenes, que propiamente se llama Crimen, de Estelionato, en donde real, y verdaderamente se llama Perjuro; que porque *Cujacio*, y *Rebar* quisieron lo contrario;

(49)
Textus in leg. 22. ff. de dolo malo: ibi: nã suficit per iuri pena.

(50)
Ita Divus Thomàs in cap. 1. 2. 2 qq. 2. ibi: vt quis videatur mẽtiri requiritur animus falendi, cap. Beatus: cap. nequis 22 qq. 2. hic etiam animus in periurio requiretur: cap. 1. eadẽ causa, & questione. Vnde absque dolo per iuriũ cõmiti non potext. Vela de delictis cap. 28. n. 5. & in n. 20. ibi: puniũtur autẽ per iurij, iuri civili varijs, penis, primô enin efitiũtur infames. scribit enin Cicerõ lib. 2. de legibus in hec. verba per iuris pena de viva exitũ civiles de decus: & probatur in leg. siquis maior Cod. de transationibus: & n. 22. ibi: secũda pribatur honore, & Dignitate. Idem n. 24. ibi: Corporali pena tum, fustigationis punitur. & in n. 27. vs q̃ ad, exsiliũ advitrabitur. Et alij ex iure Põtificio.

rio; rectamente fueron reprehendidos por *Menochio*; y no solo quando se comete en instrumento publico, si en Pribado, y aun en la especie presente, en la ocultacion de hypotecas, ó suprimiendolas â fin de engañar â sus legitimos Acreedores; q̃ es en el caso, que incurren en las mismas, y debidas penas, que llebamos expressadas. (51.)

¶ 41. Y es de tal calidad este delito, que con solo él; aunque no huviesse otro motivo; es suficiente, para condenarle en la pena de la Contrata, al dicho Don Salvador, y se le debe absolver al D. Francisco de todo quanto se pactó, y se obligò en dicha Contrata, y perdió toda su accion, y commodidad: y aun se le debe denegar la audiencia, (52.)

¶ 42. Y con mucha mayor razon, quando aun despues de estar justificados los dichos gravamenes, todavia el dicho Don Salvador, insiste en que son supuestos, que solo se pudiera excusar de dichas penas, si antes que se le huvieran manifestado, y la justificacion de ellos, el mismo los huviera expressado, empero, aviendolos negado se ha hecho Acreedor de ellas, por persistir en el dolo, cõ que procediò para figurar dicho engaño (53.) y que subsista en perjuyzio de tercero.

¶ 43. Bien se podrà alentar Don Salvador Gallegos, que todavia falta, que explicar de la Contrata, otra especie de delito, en ella cometido, que no es menos, que el de falsedad, que este se comete de muchas maneras, y para contraerlo determinada á la misma expecie de la Contra-

ta,

(51.)
Vela idem cap. n. 19. ibi: neq̃ obsta huic resolutioni. textus in leg. final ff. de crimine stelionatus vbi propter per iuriũ veritatis pæna exilij imponitur quia licet Glos. ibi: Cuila. & Rebar, vbi supra tẽtaverint criminis non per iuris penau esse eos, tamen recte reprehẽdit Menoch dicto casu, 319. n. 11. & est verius per iuriũ de quo ibi, neq̃ esse de calumnia, neque iudiciale sed extraiudiciale, in contractu, pignoris ad hibito ad decipiendũ creditorẽ, quo casu non negamus perjuros debitis pænis. Afficiẽdos vt antea retulimus.

(52.)
Idem Vela n. 23. itẽ in hoc per iurio promisorio per iurus pænã contractus solvit, & actionem omneque cõventionis cõmodum admitit; textus in leg siquis maior inst, de actionib. Selva intractatu de iure iurando qq. vltima: glos. verb. causa in cap. parvuli. 2.2. qq. 5. exsistimans per iurium non admiti ad agẽdum: ita sequitur Casaneo §. 12. n. 30. maxime in èo cõtractu super quo cõmisit per iurium: Alexãder. indicta leg. siquis maior: Abb. in cap. intelleximus in fine de iudicij: Ripa in cap. 2. n. 4 de rescriptis.

(53.)
Vela idem n. 18 ibi: qui

ta, es, quando alguno en perjuyzio de tercero, dicta, ó nota algun instrumento cō ciencia cierta de engañarlo; entre otros muchos (54.) casos, especies en que se cōtrae, es el referido, y se llama este modo de cometerlo (assi en la ocultacion de los gravamenes,como en no manifestarlosypor Farinacio) principal quien lo divide en 4. expecies en escriptura, de palabra, de hecho, ò por vso. (55.) Aqui huvo Contrata expressa, con pena convencional, dictada por el mismo Don Salvador; y ha avido vso de la misma Contrata, por Don Salvador, a fin de que se le compela al dicho Don Francisco, a todo quanto se cōtuvo en la Contrata: huvo dolo, y fraude en el mismo Don Salvador, que la dictô, y formò, y vsó de este mismo fraude, en perjuyzio de tercero, luego concurriēdo el dolo, y el fraude, y el perjuyzio de tercero; *Crimen de falsad ac per consequens*, ha incurrido en la pena de falso. (56.)

¶ 44. No es nuestro animo el pretender se le ayga de condenar á Don Salvador Gallegos en las penas establecidas en este delito; ni menos probar en que casos es, ó no advitraria à los Señores Juezes; si se ha intentado, ò no la accion Civil, si Criminal, ni otras muchas questiones, que aunque no fueran impertinentes de esta causa; empero, siempre que expressamos estos lugares, es à fin de manifestar, que ha incidido en la pena de falso dentro de los limites de este Contrato, por la referida falsa acercion de la Contrata. (57.)

¶ 45. Y aunque se quiera decir, q̄

nimo, & hic reus scusaretur à culpa si antiquā sibimanifestetur indicia quæ sunt contra eū etiā exacto iuramēto veritatem celaret vt docet D. Thom. 2.2 qq 69. art. 1. vbi: Cayetano: Soto de ratione tegendi, & detēgendi secretum, secundo membro: Paz impráx. tom. 1. part. 5. cap. 3 § 4. n. 11. & predictus Vela n. 33. per totum: si vero per iurium sit acertoriū advitrio iudicis iuxta dannum, & ofensam proximo illatam, & personæ qualitatem punietur.

[54.]
Tex. in leg. 1. § qui inrationibus cum seqq. lex 2. & leg. instrumentorum, leg. qui sit falsum. leg. qui nomine. leg. si adebitore. Leg. Corneliam de falsis. leg. siquis de curio. lege 23. Cod. eodem. ibi: siquis falsa instrumenta cōponat, dict. in mundū redigat, & Epistolas sirciter, & dolo malo infraudem alterius ledat, corrumpat mutet.

[55.)
Farinac. qq. 150. tom. 6. n. 6. ibi: committitur autē falsitas principaliter quatuormodis: nēpe scriptura, dicto, facto, & vso.

[56.]
Idem Farinac. n. 2. & 3. ergo vbi intervenit dolus, & veritatis mutationis in alterius preiuditium punibilis est.

[57.)
Idem Farinac. pars 9.

qq. 150 n. 227. ampliacion 5. ℣. actamem. ibi: si inhuiusmodi contratibus, quis falsum dicat, vt putat donatorem alteri non donace venditã seu obligatam rem alteri non obligasse: tunc quia ex hac falsa acertione punitur pena falsi. pro vt bene Bart. in leg. quiduobus ff. ad leg. Corneliam de falsis: & alij qua congerit.

NOTA.

El dia 29. de Julio, de 1723. D. Salvador Gallegos diò poder especial à D. Lizardo Geronimo de Mesa, para q̃ en su nombre fiaze, à estar à Residencia, à D. Diego de Cardenas, Alcalde Mayor de Malaga, en 500. ducados, cuya porcion seria exsistente en todos sus bienes muebles, y rayzes avidos, y por aver, *y à la disposicion de las Justicias de su Mag. cõ todas las clausulas, y cõdiciones, vinculos, fuerzas, y firmezas que para su mayor validacion se requieran, que por falta de circunstancia, que no contenga este instrumento, no se dexe de otorgar, por ser como era el animo del otorgante el q̃ tuviesse cumplido efecto; y el dicho Don Lizardo, en fuerça del dicho poder otorgò la dicha fiança,* el dia 29. de Julio de dicho año, en la misma cantidad, y en todos los bie-

en los gravamenes; que ocultô en la Cõtrata Don Salvador; de las fianças que *él mismo avia otorgado, la vna fuê solo de 500. ducados*, y las otras todavia no han llegago à liquidarse el quanto puedan ser dichos gravamenes, que los demâs no estàn decididos, ni determinados, aunque esten plenamente justificados, y que assi no se podrà considerar de grave perjuyzio à D. Francisco, y que considerandose leve; leve debe ser la pena: â lo qual se responde, que para que se diga leve, y modico el perjuyzio, es quando no excede la summa de dos ducados de oro, empero, por esta causa no se libra de la pena estraordinaria, veanse dichos gravamenes expressos, y los que no estàn dicididos, à quantas excessivas summas pueden llegar, y se reconocerâ el excesso para la regulacion de el advitrio; (58.) empero, lo principal de este Azerto, es justificar, que siempre, que se callaron los gravamenes, ò se omitieron el expressarlos en la Cõtrata, que era quando los debia manifestar: yà sean en mucha, y considerable estimacion (como en realidad lo son) ô en poca se comete el delito de falsedad. (59)

¶ 46. Y no es necessario para que obtenga la pena de falso, que ayga avido mutacion de la verdad con dolo, y tambien que no ayga intervenido mutacion de ella, esto es para la quasi pena de tal (60.) sobra justificado el dolo, el fraude, el engaño, y la mutacion de la verdad el fin, y que à intervenido en causa grave, y de excessivo perjuyzio, y assi poco tendrà q̃ hazer el discurso en acomodar los lugares.

¶ 47.

¶ 47. Entre las muchas penas establecidas al que comete este delito, no es la menor el que pierda el derecho, que ha intentado, esto es, la causa, y que assi se ha determinado, y observado; lo textifica Farinacio (61.) en los Tribunales Superiores de Francia.

¶ 48. Otra es no menos igual, y muy propia de este Pleyto, el deber ser condenado en los daños, ê interesses, que se le han seguido, siguen, y seguiràn hasta el fenecimiento de este Pleyto al Don Francisco, por aver dado causa â todos ellos, el dolo de dicha Contrata, cometido por el dicho Don Salvador (62.) yá se ayga intentado la accion Criminal, yà la Civil, yà *incidenter*, ô en otras muchas maneras, que se intente, (63.) y no solo lo referido., si que contra aquel que se cometió el dolo se le concede el derecho, y accion de el Juramento *inlitem*, sobre los interesses del *damno emergente*, y el lucrò sessante, intrinseco, y extrinseco, que no puede ser mas propio el derecho, que le assiste â Don Francisco, Persona de tan considerables empleos, que depositô su caudal, y aun mas de el integro valor de la Viña, se ha mandado poner esta en administracion; y se le ha originado este litigio tan ruydoso, de donde se le han seguido tantas perdidas, daños, y perjuyzios â su caudal; como el averse pribado de el augmento de los interesses en sus negociados con el caudal depositado, por la buena fee de Don Francisco, que no estaba obligado à ello, como despues se fundarà, y probarâ. (64.)

bienes muebles, y rayzes de dicho D. Salvador, ante Luis de Torres: Todo lo qual consta, por textimonio, dado por D. Ioseph Torrijos Escrivano de Cabildo, y su Admision de dichas fianças que ha presentado Don Francisco de Cardenas: como se expressa enel 18. de este Papel.

(58.)

Idem Farinac. pars 3 qq. 150. n. 111. limitació 4. in modica falsitate, vt puta cõmissa in remodica, & ibi: de clara improposito remmodicã videri, quando non excedi summa duorum aureorũ, vbi tam͂ quod. in isto casu imponitur pena extra ordinaria. Y cita â otros en dicho lugar por la pena legal. Vela cap. 10.

(59.)

Idem Farinac. in cap. citato n. 74 ampliacion 10. ibi: vt falsitas committatur etiam tazendo, & omitendo id cod taceri, & omiti non debebat.

(60.)

Idem Farinac. p. 2. qq. 150. n. 47. ibi: pena qua si falsi habet locum, & etiã quod mutetur veritas sine dolo. & ibi quãdoq; commiti, quasi falsũ sive mutacionis veritatis, & ibi quod in quasi falso nõ requiritur dolus.

(61.)

Idem Farinac. n. 39 ibi: falsum cõmitens in instrumentis, & alijs scriptura-

¶ 49.

¶ 49. Todo lo qual que emos fundado procede, aunque el instrumento sea nullo, ô el juyzio donde se presenta, porque aun en estos terminos hizo el que lo fabricò, y dispuso, como fuè Don Salvador, todo quanto estuvo de su parte, á fin de que se lograsse, como resuelve el señor Olea con muchos que cita; en falsedad cometida por Escrivanos, y testigos. (65.)

¶ 50. Y basta para que tenga lugar esta pena de falsedad cometida en dicha Contrata, que se aya invertido, y alterado la verdad, en perjuyzio de tercero *dictum, & probatum est, & amplius.* (66.)

¶ 51. Y demàs del cuerpo del delito, assi por la Contrata, como por la prueba instrumental, y de los testigos, que ay evidencia cierta de el: concurre otra prueba como es de derecho, el presumirse cometida por aquél, en cuya vtilidad, resulta como es à favor de Don Salvador; que en ella fuè á tomar integro el valor de las Viñas, sin quedar obligado à cosa alguna, y lo mismo los demàs bienes que le quedaban contra lo mismo, que asseguraban vendian con las mayores seguridades, que entonçes se presume cometida por el dicho Don Salvador: (67.) cuya presumpcion se llama Casiana (68.) como lo exsornó, *Ciceron* por *Sixto Rocio Amerino*, y por *Milón*, que por no ofender su elegancia, ván expressas, y porque prueban en el todo nuestro intento.

¶ 52. Y como no se pueda dudar, que es, y se trata como Civil, en cuyas causas à diferiencia de las Criminales, las sos-

turis extra acta, causã perdat & ibi: quod ita in galia insupremis curijs servatur. Et loquitur sive falsitas instrumenti dederit causã victoriæ sive etiã sine illa falsitate quis potuisse petita obtinuere. Surd. desc. 28. n. 25. & alij.

(62.)

Text. leg. qui nomine ff. ad leg. corneliam de falsis: & eius glos. imver penali; idẽ Farinac. n. 49. ibi: octaba sit conclusio quod falsum cõmitens tenetur actione infactum pœnali ad dãna, & interse.

(63.)

Ita probat text. in leg. de fide Cod. ad leg. cornelian de falsis, & omnes comuniter DD. *in eius glos. & pradictus Farinacio idem cap. n. 50.*

(64.)

Idem Far in. in predicto cap. & n. 50. ℣. & proterea; & infra ℣. vbi quod contra comitẽtẽ infalsum datur iuramentũ in litem ad probandũ interese damni emergenti, & lucri cesantis in trinsecũ, & extrinsecũ, & inframẽtis.

(65.)

Ita cũpluribus D. Olea tit. 2. qq. 5 n. 4.

(66.)

Testus in leg. quid sit falsum ff ad leg. corneliã de falsis: Gabriel 173. n. 14. Hondid tom. 2. cons. 99. n. 37. Vermigl. cons. 236. n. 1. & cons. 256. an. 1. & Cuellar pract. de indultos n. 994.

(67.)

Ibidẽ Farinac. qq 153. n. 29. & de furtis qq. 176. n. 89. Barboza; Voto decisibo 6850. D. Castillo tom. 8. cp. 20. n. 32. Vermigl. cons. 235. n. 8. & cons. 250. n. 1. Capicius Latro consul. 9. à n. 33. Mastrill. decis. 244. ex n. 14. D. *Valenz. cons. 24 an. 17. Menoch. cons. 221. Barboza ad ordine Portugali 5, tit. 55. impriu. n. 5.*

(68.)

Ciciron in orationa pro Sixto Roscio Amerino; & pro Milone: ibi: igitur pacto potest incidias Milonem fecice Clodio? satis, & quod illa tan audax tan-

ſoſpechas ſolo ſe tienẽ por falſedad (69.) como aſſegura Fontanela, y otros.

¶ 53. Luego bien podrâ exclamar Don Franciſco con el Real Propheta David, â viſta de eſtos fundamentos, que verdaderamente ſe pueden gloriar en ſu milicia: porque han podido conſervarla en la iniquidad.

¶ 54. Haſta aqui emos ponderado el dolo, quien ha dado cauſa a èl, que es Contrato de buena fee el de venta, y como ſe debe proceder enèl; y aora paſſamos,à probar,q̃aviẽdoinſidido en dolo la dicha Contrata; *es ipſo jure*, nulla, y aunque eſtuviera *reintegra*, eſto es, otorgada la Eſcriptura, y perfecta la venta, el engañado no ſe le podia obligar â que por ſu parte lo acabaſſe de perficionar. Empero, eſtamos en diſtinto caſo, porque la alaja ſe halla en poder de Don Franciſco, eſtando juſtificado, y aviendoſe allanado á reſtituirla Don Franciſco de Cardenas, aſſi en la Real Chanzilleria como en eſta Ciudad, no aſſegurandole todo ſu valor, por la accion de dolo ſe debe recindir el Contrato,ſegun, y como ſe cometiô, que es lo que ofrecimos (70.) probar.

¶ 55. Llamaſſe con eſte nombre, quando el dolo dâ cauſa al Contrato en la miſma eſpecie de nueſtro Pleyto, quãdo vno de los contrayentes con doloſas perſuaciones induze á otro, à que con él haga contrato, y en el que aſſi figura lo dexa engañado, *vt dictum eſt.* Y con eſtas miſmas lo aſſegura, Paz en ſu practica, (71.)

tannefaria vellua do... magnan, & cauſam magnanq̃ reſpecta nilon's mortem propoſitam adque illud Caſianum cui bono fuerit. In his perſonis valeat textus in leg. 2. § Divus 1. ff. de iure ficy: ibi: ſed neque alias dubitare oportet quia non in aliam rem nocere debeant quam in ea quæ deſiderata ſunt: Surd. conſ. 512. n. 5. Gratiam Disſorent 282. n. 39 & Decis. 84. in adn. 3.

(69.)

Ut late probat Fontanela deciſ. 257 n. 6. epertot: Ricio pars 7. Colleſt. 3149. idẽ Cuellar ſignanter n. 1001.

[70.)

Textus in leg. eleganter ff. de Dolo malo: 7. & Bart. in leg. ſiquis cum Hiter ff. de Verborũ obligacionib. & ita Paz impraxi tom. 3. cap. 6. n. 21. ibi: & primi diferiẽtia eſt quod in contractibus bonæ fide, dolus dans cauſam contra tui, eficit contractum nullum ipſo iure, & reintegrade ceptus non tenebitur ad perficiendum. Reautem non integra (ſcilicet, como en la preſente) vt quia tradito vel aliudſertum eſt actio doli competit ad reſtituendam retraditam, & ad reſindendum contractum; quàtenus de facto proceſit.

(71.]

Ita Paz in ſua Praxi, idẽ cap. n. 15. ibi: dicitur autem dolus dare cauſan contractui, quando vnus doloſis ſuationibus inducit aliquẽ ad

ad secum contrahēdum, vt puta ad vendendū vt illū decipere quia alias nō fuisse vnditurus, & dolo eius fuit principaliter inductus ad vendendum; quia dixit suum equum habere vitia latentiaque ipse ignorabat.

(72.)

Glos. & DD. in leg. si pro fundo Cod. de transationibus verb. liber: Baldus, & DD. in leg. 3. & in leg. hispredijs Cod. de evictionibus: Yason in leg. Jullianus § qui fundum, ad finē Coll 3. ff. de vervorū obligationibus ita Guzmam de evictionibus qq. 13. n. 125. ibi: quod tenetur tradere rem liberam non solū acervitute sed etiam acreditoribus, non enim est relibera pro vt; nec quando est res aliena.

[73]

Idem Guzmam n. 126 ibi: & sic potuit retinere pretium donec res liberetur [cita à otros] & ibi: vbi etiā dico procedere si res etiam esse obligata sub conditione; ley si servus in principio ff. de condit. furtiba: Alexander cons. 67. lib. 3. Caballinus § 3 sub n. 153. Nebizanus cons. 37. n. 2. post salice tum in leg. si rē quam ff de evictionib sicut posset pretiū repetere, multo magis retinere, textus in leg. 1. ff de superfitiebus, & in qq. 23. n. 33.

¶ 56. Dize D. Francisco, en cōprobacion de todo lo expressado en los numeros antecedentes, que Don Salvador, le ofreciò la Viña, libre de todo gravamen (excepto los que expresso) q̄ oy han salido los que instrumentalmente estan justificados, ciertos como los dudosos: en los pleytos, que estan por decidir bastava el de la servidumbre de los Marotos; no estando decidida la libertad, para que las Viñas vendidas se puedan llamar libres, ni tal se podrà assegurar por Don Salvador Gallegos, aver entregado libre de los expressados gravamenes al dicho Don Francisco; y no solo lo expressan comunmente todos los DD. para comprobacion de el dolo, si tambien, para concederle derecho al cōprador de retener el precio de la alaja; y aun pedirlo si lo ha pagado, y debersele restituir porque faltò el vendedor, à entregar la alaja libre conforme al pacto, que ofreció (72.) y es lo mismo que si el vendedor vendiesse la cosa agena, y aun procede aunquando la alaja estè obligada mediando alguna condicion, (73.) luego Don Francisco de Cardenas en averse allanado à depositar todo el precio de la Viña, aun sin el desquento de los gravamenes expressados (que no debiò hazer) hizo lo que no debiô, pues podia justamente retener el referido precio, y no averse pribado de los intereses, lo qual no solo prueba su buena fee de Don Francisco, si tambien, que aviendo tan plena justificacion de los gravamenes, y que podia pedir si estuviera

en

en poder del vendedor lo restituyesse, ô retenerlo, que à la medida de los perjuyzios, que ha experimentado en su caudal, originados de este Pleyto, tuviesse vna justa compensacion en su caudal, é intereses.

¶ 57. Las razones en que todos los DD. se fundan, es, porque el vendedor se presume en mala fee, porque tiene la obligacion de saber todas las qualidades de la cosa que vende, y los vicios que tiene, y aunque expressamente los ignorasse, y assi lo justificasse, fué en culpa suya, afirmar facilmente, era libre la alaja ignorandolo (74.) porque està obligado á manifestar, y certificar al comprador de todo, assi de las qualidades obligaciones, ò vicios, porque esso pagaria menos el comprador si se le huviessen manifestado los dichos gravamenes, ó no huviera entrado en la venta, y à demàs de estar obligado por derecho, lo està obligado hazer en el fuero de la conciencia, (75.)

¶ 58. Y en el caso que se pueda presumir aver intervenido dolo, se le concede assimismo al comprador el derecho de que se esté al juramento *inlitem*, contra el vendedor, q̃ aun es mas restricto de todos los casos en que emos fundado el referido derecho. (76.)

¶ 59. Porque no basta que el vẽdedor explique parte de los gravamenes, ó los manifieste con palabras equivocas, amphibologicas, ò confusas; como sucedió en la Contrata; con la manifestacion que hizo Don Salvador Gallegos, que

(74.) *Ita Guzmã in prædict° qq. n. 128. ibi: imo venditor præsumitur in mala fide, quia debet habere notitiã, qualitatis rerum suarũ, & servitium quod habet rei quan vendit: ergo etiam si fuisset ignorans fuit tamen in culpa asserendo faciliter rem esse liberam quam ignorabat: & in qq. 23. n. 43. 44 & 45.*

(75.) *Abbas in cap quoniã Coll. 8. in fine de probationibus, n. 17. in fine, & in 18. & prædictus Guzman n. 129. ibi: saltem ergo tenetur in conciẽtia hoc declarare, & quia etiam si fuisset ignorans, tamen quia teneba tu hoc dicere, & certificare emptorem, de qualitatibus rei, & eius obligationibus, & tenetur sibi deducere quanto minoris fuisse empturus, si scivisset illã qualitatem, & in n. 132. ibi: tenetur enim venditor emptori; exprimere omnia quæ potuissent emptorem à contrahendo retrahere: text. in leg. Iullianus §. qui pecus, & § quod autem ff de actionibus empti.*

(76.) *Ibidem Guzm. vbi proxime n. 131. ibi: quando tã potuisse intervenire dolus vẽditoris, forte statur iuramẽto inlitem emptoris: cita Alex. salicet Surdo, & aliĳ.*

que avia redimido, y depositado el censo ante la Justicia de esta Ciudad, perteneciente al Mayorazgo, que fundô el Jurado Francisco Ximenez de el Aguila; y callô, y ocultó el Pleyto pendiente, con Don Pedro de Castro, y Aguila, sobre la nullidad de la dicha redempciõ, hecha en esta Ciudad, debiendose hazer en Antequera: y lo mismo sobre el censo de Poblacion, diziendo: se pagaban 10. ô 11. reales, sin expressar realmente este gravamen; lo mismo la servidumbre, ó pleyto, que se avia comẽçado con los Marotos, y su estado: la reserva de la Real Carta Executoria, sobre las vsuras paliadas, que se le avia reservado à Palma, clara, y distintamente estos gravamenes. Todo lo qual se omitiò en la Contrata, lo qual prueba aver incidido en dolo, y aunque no fuesse tan expresso enlo referido, bastava que se huviesse faltado en lo intrinseco, ô extrinseco de ellos por valer el argumento de la mutacion, en la bondad de la cosa intrinseca; â la extrinseca, porque de qualesquiera manera se disminuye su valor todo en perjuyzio del comprador. (77.)

¶ 60. Y es de tal calidad el dolo, que por razon de èl, estâ obligado el vendedor, aunque no ayga llegado el caso de despojar al comprador de la alaja, ò llegado el de mover el pleyto; à todo el daño, ê interesse que de la venta pudo provenir (78.) fundados todos los DD. en la referida presuncion de derecho, que ay contra el vendedor de la cien-

(77.) *Ibidem Guzmam vbi proxime n. 135 ibi: nec sufficere partem onerum explicite alia vero perfussoriјs verbis significare. leg. Jullianus § idem Jullianus ff. de actionibus enti: & in n. 136. ibi: Valet enim argumentum de mutatione bonitatis intrinsece ad mutationem extrinsice.*

[78.] *Ita Guzm. de evictionibus qq. 23 n. 12 ℣. tamen: ibi: tamen ibi:* propter dolũ tenetur venditori etiã renom evicta nec lite mota ad omne damnum, & interesse inde pro veniens: *sequitur: Bart. Alex. Saliect: Corneus: Decius: Beroius: & aliј quæ congerit:*

ciencia inoticia de los vicios, y gravamenes de la cosa que vende; y la contraria presuncion, que ay por derecho, à favor del comprador de que todos los ignora (79.)

¶ 61. Menos se pòdrâ valer D. Salvador Gallegos del fundamento, que dichos gravamenes los ignoraba al tiempo de la Contrata, y que por esso solo se podia condenarle â que asseguraſſe el precio de ellos, ò diesse fiança hasta la concurrente cantidad, tan solamente de aquellos que se liquidassen por sentencia. Fundandose para esto en puesta Ley Real de partida (80.) porque el mismo Don Salvador se opone: lo primero, porque niega seá ciertos tales gravamenes: lo segundo, que la negatiba antecedente, no podia ser menos, respecto de averlo assi assegurado en la Contrata con juramento por libre de los que vàn expressados, y justificados instrumentalmente, y siempre que el vendedor, aunque sea con ignorancia assegure la cosa que vende por libre (esto es sin juramento) *quia rebera*, no le es como ha sucedido en dicha Contrata, queda obligado el vendedor, porque la misma assecuracion le arguye de dolo por la mendacidad, (81.)

¶ 62. Aunque la referida acersió admite distincion en dos maneras. La vna, quando inconsideradamente, con facilidad, ô temeridad se assegura por libre, que entonçes solo justificando el vēdedor esta qualidad, queda obligado *ex actione quanto minoris*; la segunda, quando interviene dolo ô malicia, en este

L que-

[79.]

Ibidē Guzm. n. 13. cumq̄ præsumatur venditor habere notitiam oneris ac vitij rei vendite, & in n. 14. pro vt contra emptor præsumitur ignorare iusvenditorus. Antonius Gomez. tom 2. cp. 2. n. 45. Gutierres *lib. 2. practicarum cap. 169. Letius de iustitia, & iure, lib. 2. cap. 21. dubitation 11. Pater Molina idē tractatu tom. 2. disputation 353 & disput. 380. Feliciano de Soles tom. 2. de sensibus impræ tat ad lib. 1. n. 5. omnes cōcludunt emptorem presumē ignorare cōditione rei emptæ, & quod illa esse aliena vel alteri obligata aut oneri ad liqui obnoxia cū vēditor qualitates eius non exprimit: Surd. cons. 13. n. 32. & 33. & alij qua cōgerlt* Guzm. *prædicto infinalibus verbis eodem numero.*

(80.]

Text. in leg. 63. tit. 5. part. 5. infine: bi: mas si esto no supiese el vēdedor, quando la vendió, no seria tenudo de tornar mas q̄ el precio tan solamente. Ita Farinacio decis. 44. n. 5. & prædicto Guzmā qq. 23. n. 51. infine.

[81]

Text: in leg. siquis afirmaverit ff de dolo: text. in lg. Jullianus §. quod aut ē ibi: sed non *debuit facile quæ ignorabat, â severaret. Ita Guzmā qq. 23. n. 56. ibi: propter tamen asseverationē venditor erat ignorans tenetur quia videtur argui do lusineo, qod asseverat rē esse*

esse liberan, quæ non est, quia dolus arguitur ex m datio. Et inn. 58. ibi: dolum tentare dicere quod si constâter, seu pro firmo asserat quis, sed vt afirmet id de quo nõ excertus, præsumitur dolosse afirmasse si postea reperiatur illud non esse verum; quia facilis esse nõ debuit ad temerariam assertionem, cita á otros muchos.

(82.)

Idem Guzman n. 59. ibi: distinguendum esse, &c.

(83.)

Ita; predictus Maqueda in dicta leg. contractus 23. de regulis iuris n. 5. ℣. explicamus ibi: explicuimus plerũque vero immalũ, nẽpe ad nocendũ, *alteri qua in especie, propie dolus est. Et leg. tutor. ff. de administratione tutor: ibi: dolo facere præsumitur, quis fecit quod facere nõ debuit. Farinacio impraxi Crimin pars 3. qq. 89. n. 92.*

Dolus graviorem exigit penã, *quam culpa; lex Iullianus imprincipio, lex sisterilis §. cum per venditorem ff. de actionibus empti.*

(84.)

Textus in leg. 38. tit. 11. part. 5. ibi: Poniendo pena algunos hombres entresi, sobre promission, que ficiessen: maguer la promission no sea valedera, vale la pena, y será tenuda de la pechar el que la fizo, fueras ende, si la promission fuere fecha sobre cosa que fuere fecha contra ley, ó contra buenas constumbres.

queda obligado â todo quanto èmos fundado en los numeros antecedentes, assi por lo referido, quanto porque dicha aceberacion, fuê con juramento, en cuyos terminos, y que en el dicho D. Salvador; nunca se puede considerar el primer caso, assi por ser persona sobradamente, dixe mal, de la mayor inteligencia, como està justificado, como porq dichos gravamenes de todos era sabidor, y en lo mas avia intervenido hecho propio, *vt antea retulimos* (82.)

¶ 63. ~~Luego~~ sobre la pena convençional [redacted] de 1ꝟ. ducados, puesta en dicha Contrata; en que se condenaron para la parte obediente, con la distribucion, que en dicha Contrata se mençiona: despues D. Salvador de començado este Pleyto, figurando, que avia adquirido derecho à dicha pena convençional, ò por aterrar, ô poner miedo al dicho Don Frãcisco, dixo dicho Don Salvador: que hazia allanamiento, y renunciacion de este derecho en su Magestad, y Señores de la Real Chançilleria, como con efecto lo practicó assi; aunque despues en los Papeles, que de parte, à parte, se han escrito, y estân en los autos, se pretendia por Don Salvador, que ambas partes, si llegaba el caso de la trançacion, se avian de ceder reciprocamente la referida pena, siendo assi, que el susodicho no tenia nada que ceder, por tener yà cedido su derecho à su Magestad, y dichos Señores, que es otra prueba del animo doloso de el dicho Don Salvador,

dor, ſiempre que ſus actos ſe dirigan à engañar, ò aterrar al tercero. (83.) Y por esto debe ſer mayor la pena.

¶ 64. La pena convencional expreſsò nueſtra Ley Real de partida (84.) en que caſos ſe debia pagar, y en quales no; y porqué perſonas: luego aviendo probado que la Contrata, en que ſe incluyô dicha pena convencional; es nulla, por aver incidido en dolo, y ſer diſpuesta contra derecho no debe ſubſiſtir la pena convencional en ella, pueſta por ſeguir la miſma naturaleza, del miſmo Contrato, y ſi ſe reciende, ô anulla el Contrato, ſe anulla, y ſe reciende el pacto, y la pena convencional, y lo miſmo el pacto de eviccion (85.) y todo quanto ſea aſſeſſorio, ſi tambien el juramento.

¶ 65. Y como aygamos probado *ſuper abundanti*, que por razon de el dolo no puede ſubſiſtir la referida Contrata, ni á Don Franciſco de Cardenas ſe le puede obligar á ello, la razon entre otras muchas es, porque ſiempre q̃ la Ley Civil por obiar los dolos, y fraudes juſtamente los prohibiò, por ſer cõtra toda razon de derecho Civil, y Canonico, por conſervar las buenas conſtumbres, aſſi civiles, como naturales, aunque intervenga, ó ſe interponga juramento, no es valido, ni es obligatorio, (86.) por cuyas razones no debe ſer interpueſto para que ſubſiſta, y permanezca vinculo de iniquidad: y aſſi, no ſe debe obſervar ſiempre, que ſea interpueſto contra Juſticia, ô contra buenas

(85.)

Textus in leg. ſi patronus §. patronũ verbo Fabiana ff ſiquis in fraud, patron, & eius gloſ. mecia in leg. Regia Toleti, de los terminos 7. pars n. 73. ibi: (in verſic) *quod omnes clauſulæ incõtractu a poſitæ, ipſius contractus principalis naturã ſequuntur, vt ſiis contractus reſcindantur, vel anulletur, ita etiã pactum evictionis vel penæ in eo à poſitum. Et in n. 14. ſiguiendo á Bald. ibi: quod Caſſato principali, cenſetur etiam caſata omnia in eo contenta, & non ſolum inteligitur reſciſſus pennalis, & quod libet acceſſorium ſed etiam iuramento, & Gutierres de iuramento 1. pars, cap. 9. n. 10*

(86.)

Ita prodictus Mexia n. 24. ibi: & ita cum quoties lex civilis aliquid prohibens iuſta ob ebitandos dolos ſeu fraudes vel alias iuſta de ſernendo, â ratione naturali procedat, & ab ea ratione habeat, & iuris Civilis, & Canoni i êadem ſinc pricipia, & prima precepta iuſtitie idem qui finis, exiſdem principijs conſtet in leg. iuſtitia ff. de iuſtitia & iure. & id ſir co boni mores Civiles, ideſt quod lex Civilis bonos dictat non poſſunt diſiguere à bonis moribus naturalibus aut cano nicis ex conſequenti, regula illa, nõ eſt obligatarium, contra bonomores, præſtitum iuramentum. *de regul. iur in 6. inteligenda eſt de*

bo-

nas constumbres, como està dispuesto por derecho Canonico (87.) como por la referida nuestra Ley Real, en las referidas palabras, *fueras en de si ia promision fuesse fecha, sobre cosa que fuesse fecha contra ley, ò contra buenas constumbres, sed sicque est*, que por todo derechos, y por nuestra Ley Real, justamente està prohibido en semejantes casos, que se observe el pacto, ò la pena en los que ha intervenido dolo, ò fraude (por ser iniqua su observacion) *ac per consequens*, el Juramento no lo podra confirmar assi como no puede subsistir como improbado el acto, ò Contrata principal sobre q̃ se impuso no puede valer.

¶ 66. *Rursus Comprobatur*, respecto de aver probado; que no puede subsistir la Contrata, por aver insidido en dolo, que es el principal antecedente, por la misma razon està destruida la pena convencional, puestâ en dicha Contrata, assi como derechamente se sigue, no es animal razional, luego no es hõbre? No se puede llebar à debido efecto la Contrata, porque insidió en dolo, ó fraude contra la forma expressa de la ley; si lo principal, no puede ser exsequible, menos lo podrâ ser la pena cõvencional, que es el consequente (88.)

¶ 67. Tambien no puede subsistir este pacto, ó pena convencional, siempre que del mismo instrumento conste, que se dirigiò solo à fin de perjudicar al tercero, y aterrarlo por medio de dicha pena, y miedo de ella, à que entrasse en el Contrato, y se le apremias-

bonis moribus naturalibus, vel Canonicis, & Civilibus quia tenus conveniant hi naturalibus.

(87.)
Ibidem Messiæ n. 23. quod plane iuri Pontifitio, & naturali consonat quibus labis constat non debere iuramentũ iniquitatis esse vinculum: cap. quanto de iure iurando: cap. inter cetera 22. qq 4. ita sequitur Gutierres de iuramento confirmatorio, 1. pars. cap. 36. n. 8. Dom. Azebedo in leg. 4. tit. 21. lib. 4. Recop. n. 69.

(88.)
Textus in cap cum ex ofitié de præscript. cap. Pastoralis in principio de ofitis hordinis: text. in leg. fin. ff. de iurisd. omni. iudic. Abbas Panormitanus, in cap. cum ex ofitÿ: Bald. in leg. conventiculã Cod. de Episcopis, & Clericis ibi: si antecedens tenet. Tenet, & consequens: alias nom.

miasse à él; y esto aunque interven-ga Juramento no puede subsistir siẽ-pre que aya intervenido fraude; ambos casos estân probados en todos los numeros antecedentes; luego menos puede subsistir la pena convençional (89.)

¶ 68. Precissa à nuestra obli-gacion, manifestar quien fué quien dictò, y dispuso esta pena convencional, y si se podrâ exsigir contra Don Francisco de Cardenas, aunque huviesse faltado à lo extipulado para q̃ se reintegrasse en ella Don Salvador Gallegos, á cuyo fin se puso; ô si por aver faltado Don Salvador à la Contrata, y buena fee del contrato de venta, deberâ ser condenado en la pena convençional, *etiam*. Que la Contrata sea nulla, y no pueda subsistir se le deberâ condenar al dicho Don Salvador, â que pague la dicha pena convençional al dicho D. Francisco.

¶ 69. Emos probado, que quien dictô la Contrata fuê Don Salvador Gallegos, y que este mismo dispuso la pena convençional, que la Contrata, se dispuso toda â fin de gravar al dicho Don Francisco: tambien es constante, que en la Real Carta Executoria, que obtuvo Don Salvador Gallegos contra Palma, n. 19. en la qual se manda, que sobre las vsuras paliadas, que intervinieron en el emprestito, ó deuda, que contrajo Palma à favor de dicho Galle-

(89.) *Ita Gutierres de iuramento confirmatorio pars. 1. cap. 36. n. 8. ibi: V. quando ibi: quando iuramentũ adiicitur impræiuditũ legitime filij.* vel fraudem alterius tertij, *& in alijs casibus inquibus iuramentũ in præiuditiũ tertij non valet nec confirmat actum vbi frauz intervenit. Iusta Glos. cõmuniter aprobata in leg. 3. Cod. plus, vale quod agitur; non agimus de preiuditio, vel fraude alterius tertii.*

NOTA.

Don Salvador Gallegos, no puede tener derecho à la pena convẽcional, por averlo perdido por el dolo; y D. Francisco de Cardenas lo tiene adquirido contra el dicho Don Salvador.

gos, hecho el pago se remitiessen los autos á la Sala; en cuyos terminos siempre que de la qualidad de el hecho, y circunstancias de la Contrata, y de las personas se presume, que el que la extipulò tiene frequencia en tratos funeraticios; (90.) aunque D. Francisco de Cardenas, huviesse faltado à la Contrata, y por esta causa huviesse adquirido derecho á la pena convençional, no se podia exsigir, ni cobrar del dicho Don Francisco. (91.)

¶ 70. Mas si la pena convençional tuviesse adquirido derecho, D. Francisco, contra Don Salvador Gallegos, de este se puede cobrar, y exsigir, haziendole pago al dicho Don Francisco, por ser como es persona fiel, y legal en sus tratos, y contra quien no se ha probado la menor sospecha en sus tratos, del referido trato feneraticio, lo qual está dispuesto por nuestro derecho Real, quien aprueba la referida opinion (92.)

¶ 71. Empero ni aun cedida al Fisco, cautela de que se valiò Don Salvador, de ceder este derecho à los Señores de la Real Chanzilleria, discurriendo demâs de lo expressado en los numeros antecedentes de atemorizar a Don Francisco, que no teniendo Don Salvador derecho alguno, à dicha pena (por tres fundamentos, que despues expressarèmos) que con este motivo de cession se podia exsigir

(90.)

Glos. in dicto § Alteri verb. quantitas, & glos. infine in leg. vtrũ ff. de petitione hereditat: & glos. in cap. illo voz de pignorib. & ita; Gutierres *de iuramento confirmatorio cap. 36. n. 10. ✠ rursus: ibi: rursus glos. in leg. penult. ✠. potest. ff. de vsuris; tenec. hoc iudicandum esse ex qualitate facti, & personarum; quia pena ad tecta dationi quantitatis non presumitur ad iecta in fraudem vsurarum;* nisi ille qui penam stipulectur *sit solitus fenerari.*

(91.)

Idem Gutierres in ✠. & in hoc Artic. & in ✠. licet enim: ibi: licet enim hac ita sè habeant de iure communi, iure tamen Regio hodia expresse aprobatur illa oponio qua habet, qua pena ad iecta dationi quantitatis in favorem hominis soliti fenerari non potest exsigi.

(92.)

Ita disponit leg. final tit. 11. part. 5. in ✠. Mas si la pena: ibi: mas si la pena fuesse puesta sobre quantia cierta, que prometiesse alguno de dar; si aquel que recibe la promißion es hombre, que aya vsado de recibir vsuras. Entonce non es tenudo de pechar la pena el q̃ fizo la promißion. Maguer no la cũpla al plazo. *Pero si el q̃ recibe la promision fuesse*, â tal home, q̃ nunca huviesse recibido vsura; *entonçes tenudo seria de pechar la pena, el que fizo la promision,* si nõ diesse aquello que avia prometido de dar. *Vbi Gregorio Lopez, in glos. vsura; idem Gutierres; ✠. si vero: ibi: si vero sit ad iecta in favorem illius qui non sit solitus fenerari posit excegi, &c. Et inquit, quod aprobat pradicta leg. opinionem Innocentio in cap. suam de penis, & glos in leg. si penam ff. de vsuris cum similibus.*

gir

gir del dicho Don Francisco, respecto de nacer de vn pacto pribado; assi como sucediò en el Pretorio de Saboya; q̃ por quatro fortissimos fundamentos; sin embargo de los que se fundaron en favor del Fisco de *Barthol: Marco Decio: Bursato: y Sarmiento.* Se declarò à favor de el Reo, ó del deudor de la pena convencional, absolviendolo de ella, aunque avia faltado à lo extipulado, cuya Descicion trae Antonio Tessauro Presidente de Saboya. (93.) Luego aunque huviesse faltado; y huviesse sido immora el dicho Don Francisco, en lo extipulado no se le podia exsigir de su caudal esta pena, para Don Salvador Gallegos, empero, ni à favor del Fisco, sucessor en su derecho.

¶ 72. Ofrecimos probar tres fundamentos, que excluyen el derecho à dicha pena, conformandolos con la referida disposicion de derecho; el primero, el de el dolo, que insidió en la Contrata, que llevamos fundado: el segundo, la causa de la reserva de la Real Carta, Executoria, de las vsuras paliadas contra el dicho Don Salvador; que estas se hallan coadiubadas en este Pleyto, por aver pretendido, que Don Francisco le aya de pagar interesses de todo el caudal, depositado, y precio de la Viña. á cuyo fin ha presentado vn papel misivo de Don Juan de Casamayor, en que expressa, que empleado dicho precio, por mano de vn Ca-

(93.)

Ita Antonius Thesauro Decis. 98. per totam; n. 3. ibi: pro Fisco vero Alegabatur textus in leg. 1. & ibi Bartholus in ℣. vel penã Fisco ex contractu pribati, de iure fisci: Marco decis. 411. n. 19. & secundo ego aducebam consil Bursat 53. & eaque dicit Sarmiento dicto cap. 6. à n. 6. vsque infine videndus qui latè docteque hac de redesserit.

Senatus tamen rebene discusa, &c. Intellecta equitatem quamdã (pro vt solet) ampletens censuit in favorem debitoris dicens bam penam non deberit.

Sequitur D. Ozosc. in decis. 70. signater n. 12.

Et ita sequitur in decis. 79. predictus Thessaurus n. 3. infin.

(94.)
Tertuliano in Apologet: cap.1. ibi: Malum necire, quia iam oderũt qui vis audent atque configunt, neque tan de equitatę, quam de vitoria laborant.

(95.)
Idem Tertuliano cap. 4. ad martir: ibi: tanti vitrum, quanti Margaritum.

[96.]
El señor Desillòn lib. 2. Disc. 14. ibi: ella es vna falsa prudencia que condenaron los Antiguos, que la luz de la naturaleza detexta, y abomina. Dexa sin credito à vn hombre de pũto, y le haze sospechoso en todas sus operaciones, aun en las cinçeras: pierde las mas vezes à los que la sirben, ò se sirben de ella. Assi lo han llorado los Espiritus mas doblados, al vèr, que este genero de sutilezas maliciosas, los llevaron à las redes, q̃ avian tendido á los otros, y al precipicio, q̃ avian abierto, &c. & ibi: Por remate dize: que aunque la fraude no estuviesse sujeta à tan funestas catastrofes; es muy notable la ignorancia. O torpe inclinacion de estos hombres! En querer deber à la malicia, con afrenta el medio de sus empressas, pudiendolos deber mas seguros à la Verdad. Ni tienen que alabarse; pues toda su buena fortuna, no nace de la grande tema de los q̃ obran con dolo, sino de la ciega opinion de los que no miran mas que lo esterior, que parece yà aparente superficie, que deslumbra.

Cajero en frutos de pasa, y vino lograria grandes cantidades, que esto mismo han manifestado los testigos por dezir, que de ellas ha estado pribado Don Salvador contra lo pactado en la Contrata; y que Don Francisco ha estado gozando de la Viña, que es alaja fructifera aun mismo tiempo, que Don Francisco se ha estado lucrando con el precio de la Viña, con el motivo de este Pleyto.

¶ 73. Si valiera el artificio de ponderar, y que solo se quedara en artificio; como podia esperar buen exsito, contra quien se armaba el artificio. Pero como el estudio se pone solo en no conocer la verdad, porque esta la aborrezen, y nada niegan à su ossadia, y mentira, porque descuydados de la equidad, y justicia, solo piensan en salir vençedores, como expressó el Tertuliano (94.) y por esso expressò el mismo, que es dificil, que se llegue à estimar entre Sabios, tanto vn vidrio, como vn diamante (95.) y en vituperio de este engañoso arte escriviò el señor Desillôn (96.) que por ser sus palabras tan del intento de toda esta Obra, me ha parecido no omitirlas. Empero, porque este arte ha de quedar desfecho; al vér que Don Francisco, aunque podia retener el precio, y valor de la Viña; y aunque lo huviera entregado; repetirlo. Como llevamos fun-

da-

dado, no lo hizo assi; para que mas bien se reconociesse su buena fee, y justificado proceder, se allanó à depositarlo, y en fuerça de este allanamiento por su Magestad, y Señores de la Real Chanzilleria, se mandó hazer el deposito, como se hizo con intervencion de la Justicia, en el Real Convẽto del Señor Santo Domingo de la Ciudad de Malaga, por ante Francisco Til, Escrivano Originario, que de ello dió fee: sin el desquento, y baxa de los principales de los censos: todo esto consta de los autos, y contra toda esta verdad; y que de los autos en que se mandó hazer el deposito, fueron litigados con el dicho Don Salvador, que no puede alegar ignorancia, demas de su consentimiento; y que intervino el hecho, authoridad, mandato del Principe, que es lo suficiẽte para no quedar Don Francisco, obligado à cosa alguna; pues cumplió con obedecer el mandato, y hazer el deposito, en que cumpliò por su parte en el todo la Contrata; y aun mucho mas; pues depositò los principales de los censos, que no tenia á ellos derecho el dicho D. Salvador (97.) mayormente quando para aver mando hazer el deposito huvo, y precedió legitima causa el averse dado por parte del dicho D. Salvador, el expressado dolo à dicha Contrata; que aun sin èl podia el Principe mandarlo depositar, por

(97.)
Textus in leg. Lucius ff. de evictionibus, & in ea omnes DD que congerit Guzman de evictionibus qq. 52. n. 1. & 2. & in n. 5. in fine: vbi: inqui (citando á Crabet) quod Princeps ius nullũ habet in bonis, & rebus pribatorum; nisi, respecto superioritatis, & iurisditionis.

Et in 7. in fine, & etiam adit (con Peregrin de iure ficis) quod vltra causam, ad hibeat Princeps cause cognitionem impribando aliquem iure suo.

Ita sequitur Surdo cons. 203. n. 17. Menoch cons. 1. á n. 196.

la poteſtad Suprema, y amplia de pribarle de ſu precio, y de la Viña, por razon de ſu Suprema Superioridad, y Juriſdicion; aunque aqui huvo cauſa legitima, con lo qual ceſſan las dudas, que ofrecen los DD.

¶ 74. Luego ſiendo como ès cierto, que el precio de la Viña, eſtá depoſitado, es mandato del Principe, no para pribar de él à D. Salvador, ni de ſu derecho, ſi interin, que ſe dicide la ſubſiſtencia, ô inſubſiſtencia de dicha Contrata, y demàs pretenſiones, por aver precedido deſde ſu principio la juſta cauſa, de averſe reconocido el dolo que intervino en dicha Contrata; porq̃ derechos, *ſe ha intentado en que ſe le aya de condenar al dicho Don Franciſco â que le reſtituya al dicho Don Salvador, todos los intereſſes de el precio de la Viña* (eſtándo depoſitado) como ſi eſtuviera en poder de el dicho Don Franciſco; y aunque lo eſtuviera, era juſta ſu retenſion, y no avia cauſa para tan injuſta pretenſió: y lo que es mas pedir intereſſes ciertos, è indubitados; y para colorearlos, que ſe avian de poner en poder de vn Cajero, prueba que el D. Salvador, no es hombre aconſtumbrado á empleos; luego aunque eſtuviera en poder de Don Salvador, y por el depoſito (que le puſiera D. Salvador, el nombre de injuſto) todavia no tenia accion á los intereſſes, porque en la perſona de el ſuſo-

NOTA.

Sobre la pretencion de eſtos intereſſes, y ſi ſon, ó nó licitos, ſe tratarâ en el tercero Azerto. *Que por aver ſido eſte tan dilatado, ha parecido ſepararlo de eſte lugar, donde con alguna puntualidad ſe toque eſte punto, y pretenſion de Don Salvador.*

ſo dicho no ſe podia conſiderar el lucro ceſante, y el damno emergente; *ac per conſequens* la pretenſion de intereſſes, intentada por el dicho Don Salvador; acredita la conſtumbre feneraticia, y ſer vno de los caſos de perder el derecho à la pena convencional; aunque á ella tuvieſſe adquirido derecho, *vt antea retulimus.*

¶ 75. El tercer fundamento es: el que el dicho Don Salvador, no ha cumplido con la Contrata, ni menos con lo que avia ofrecido en ella; Judicial, y eſtrajudicial, que conſta de los autos.

¶ 76. Para fundar lo referido es neceſſario ſuponer, lo primero, que el dicho Don Salvador, ofreció las dichas Viñas, libres abſolutamente de todos los gravamenes: y en eſpecial los diez, que en eſta allegacion llebamos expreſſados, y juſtificados; ſobre que incidiò en dolo; ſobre cuyo aſſumpto eſtâ ſobradamente juſtificado, y probado aver faltado à lo que debiò, y à dicha Contrata, en los numeros antecedentes.

¶ 77. Lo ſegundo ſe funda, que en el Papel del fol. 27. ay vna Nota eſcripta, por Gallegos, que dize lo ſiguiente; ibi: *Si huviere algo mas que prevenir, y hazer ſe puede apuntar, porque quien vende, ſolicita ſe haga la Eſcriptura con toda firmeza, y que, pues, es buena, y ſegura la venta*

NOTA.

Prueba de eſte 3. fundamento es el papel, y anotacion fol. 23 eſcripto de puño de Gallegos Pieza 1.

Papel fol. 28. de Gallegos á Baſtante, idem Pieza.

Papel fol. 29. eſcripto por Gallegos à Corbalan: y reconocimiento de ellos fol 35. idem Pieza; que hizo Gallegos de ellos.

ta no se violente la clausula de hipoteca, sacandola del curso regular para q̃ quede imposibilitada la salida de la Viña, que se hypotecara donde se và á gastar aora mucho.

En el Papel de el fol. 28. escrito por Gallegos, â Don Joseph Bastante, su Compadre, su fecha en 17. de Diziembre de 1726. en las vltimas palabras expressa las siguientes: ibi: *Que se ponga en la Escriptura, por ser justo haya seguro el comprador, y compre à su satisfaccion, que es el fin à que los dos caminan.*

Y que sin embargo de lo pactado, y que Don Pedro de Montemayor, ha padecido, *equibocacion, y que con este pretexto Don Francisco de Cardenas, manifestaba estar sospechoso de riesgo; el que debia prevenir si lo huviesse, porque le vendiò, como comprò.* Esta prompto à hypotecar las casas, y los censos de 300. ducados, y el de ducientos; *en la forma q̃ quisiessen, porque no quiere, que con el motivo de no obligarse al saneamiento absoluto se le detenga el precio.*

Don Salvador Gallegos, en su declaracion reconoce estos Papeles, (y otro que se expressarà en su lugar) y q̃ en quanto al saneamiento, *es visto seria limitado por el tiempo de su possession segun el papel de Contrata: y que desde que Cardenas viô el Borrador de la Escriptura,* saliò con la novedad, de querer fuesse el saneamiẽto absoluto, *á que nunca ha querido*

as-

assentir (dicho Gallegos) *sin embargo de los empeños que ha hecho Cardenas.*

Y que aunque *el Borrador tuviesse el saneamiento absoluto no passaria* (Gallegos) *por él.* Respecto, á que desde el principio le pactô; y dixo (Gallegos) *Que vendia como avia comprado*, y nô en otra forma.

Y aviendosele hecho al dicho Gallegos, pregunta especial en dicha declaracion, sobre la opossicion formal que contienen dichos Papeles, y Contrata; dixo (el dicho Gallegos) Que las palabras del papel del referido fol. 28. en que expressó, *Que àunque el dicho Don Francisco de Cardenas comprasse con riesgo lo debia tolerar*; que estas tienen distinto sentido del que se contiene en la pregunta; y que el aver ofrecido (el dicho Gallegos) *el saneamiento cumplido*, fuè por dos fines favorables â los dos; *uno, que su animo fuê no gravar las Viñas con una hypoteca absoluta; à efecto de poderlas vender sin perdida.* El otro porque, *con el motivo de los reparos*, carecia Gallegos de su dinero: *sin poder pagar á quien debia.*

NOTA.

Que aunque comprasse Cardenas con riesgo, lo debia tolerar.

Y que como lo que contiene dicho papel, no es faltar â la Contrata; y sin augmentar beneficios à Don Francisco de Cardenas, le pareciô seria medio para que se concluyesse la dependiencia, y que no sucedió assi; porque à demâs de las Viñas, quiere censos, y Casas por hypotecas, *y assi quisieron se otorgasse*

la Escriptura: á que no asintiô (Gallegos) *ni â que se falte à la Contrata.*

NOTA.
Pieza 1. fol. 305. Peticion de Gallegos.

¶ 78. Para mayor convençimiento, de la flexibilidad, y ninguna firmeza, en lo judicial, y estrajudicial: Gallegos, en el pedimẽto, que presentó al fol. 305. expressa las palabras siguientes: ibi: *q̃ solo se obligó por el tiempo de su possession, y por el de sus authores dió las hypotecas, que á él le avian dado quando comprò en que se convino Cardenas, y que aora estê en detrimento de su cõciencia se retracta.*

¶ 79. Para prueba, y justificacion de la forma en q̃ avia comprado Don Salvador Gallegos, aver si avia sido con saneamientos limitados, ó absolutos, y cumplidos; se supone lo primero; que el año de 1710. por ante Diego Calderòn: D. Joseph Benites de Quiros, y Don Melchor de las Cuevas, le vendiô vn pedazo de Viña, â Don Salvador Gallegos, de 3. obradas, linde con las de Salvador de Palma, en precio de 2∪209. Rs. *y sobre el saneamiento Don Ioseph Benites, se obligò à la eviccion seguridad, y seneamiento, y que no le saldrà mas censo, que el de Poblacion de que fué encargado Gallegos en dicha venta, y obligò à la seguridad vna Viña con pacto absoluto en forma.*

En ocho de Enero de 1711. ante Joseph Criado, Escrivano de la Villa del Borge, Pedro de Campos,

y

y consortes, vendieron á Don Salvador Gallegos quatro obradas de vidueño largo, linde con Marotos y Gallegos, con cargo de 10. reales de censo de Poblacion, y por libres de otro alguno, precio de 140. ducados: y la obligacion de eviccion, es la siguiente: ibi: *Se obligan àla eviccion, seguridad, y saneamiento, y que no saldrà mala voz, y que si saliere saneará cumplidamente: y obligan ciertos bienes con pacto absoluto de enagenacion.*

En 12. de Enero de 708. se otorgó la escriptura de venta judicial de Viñas, que fueron de Palma â Don Salvador Gallegos: y por lo que mira al saneamiento: ibi: *Y en la mejor forma que aya lugar en derecho, obligò á Salvador de Palma, y à sus herederos à la seguridad, y saneamiento cumplido en toda forma de la venta de dichas Viñas, y que à ellas no le saldria gravamen, y si les saliere le bolverian, y restituirian lo que huviesse pagado*: Don Salvador Gallegos, *aceptô esta escriptura de venta judicial, y reconociò los censos de que se encargô (que por no ser del assunto no se refieren) y ambas partes se obligaron en forma con sus bienes, y rentas avidos, y por aver.*

¶ 80. Muy ciego tiene la ambicion al que se complaze mas en ser contado entre los famosos, que entre los buenos; (98.) ó como dize Salustio de los Sequazes del Improbo Cathalina (99.) que la ambicion, y sobervia conque avian vi-

(98.) *Tacit lib. 4. Historiarum: ibi: inter claros quã inter bonos numerari.*

(99.) *Ita Salustio in Cathilina: ibi: Ambitio falsos fieri subegit, magis, quę vultum, quam ingenium bonum habere.*

vido engreydos, los obligaba â tener mejor la cara, que no el alma; ofreciale vn grande Artifice, à Libio Druso, fabricarle vn Palacio de tal Arte, que nadie pudiesse registrar lo que hiziesse: atension à la respuesta de Druso; antes dixo lequisiera yô de christal, que fuesse á todos patente; porque mas temo, que la conciencia me riña, que no que me grite el Vulgo. (100.) Quien podrá afirmar que la Contrata, parece ajustada, ni aun con todas las seguridades que ofrecen las palabras, si la desmiente la intension; y ello bien puede ser, que la Contrata, parezca justificada, pero ella no lo es.

(100.) *Justo Lipsio, in explis. Politic.*

¶ 81. Supuesto que emos expressado el hecho en que consiste este fundamẽto, passarèmos â fundar el derecho; é si se funda; lo primero, que aunque en la Contrata se expressa con tanta limitacion el saneamiento, que por los papeles lo ofreciô, *absoluto*, y en la misma forma que avia comprado; *sed sic est.* Que Don Salvador Gallegos, por los dichos papeles, ofreciô la mayor seguridad; ô la que quisiesse Don Francisco de Cardenas; porque êl vendia en la misma forma que avia cõprado; luego aviendo justificado, q̃ avia comprado cõ saneamientos absolutos, la eviccion, y saneamiento que avia ofrecido Don Salvador fue cumplido; y no limitado.

¶ 82, Por otro modo; en la di-

dicha Contrata, expressa Don Salvador, que se ha de otorgar escriptura para mayor validacion, firmeza, y seguridad de dicha venta; para la mayor seguridad de el dicho Don Francisco, comprador, no era necessaria la escriptura, si las fianças de la venta, y el seguro de eviccion; lo que Don Salvador ofrecia, en los papeles, era la mayor seguridad, y en la misma forma que avia comptado; si Don Salvador otorgara la escriptura con el saneamiento absoluto, avia cumplido con la promessa de la Contrata, y de los papeles, porque todos se terminaban a este mismo fin; luego resistiendose D. Salvador, à otorgar la escriptura, en la referida forma, que avia ofrecido; no cumpliò con la Contrata, ê insidió en la pena convençional; y la debe restituir â Don Francisco, quien adquirió derecho à ella.

¶ 83. Que Don Salvador no aya cumplido con lo que ofreciô en la Contrata; ni lo ofrecido en los papeles; *patet*, lo primero, por lo que confessó en dicha su declaraciõ, que aunque el borrador tuviesse el saneamiento absoluto, no passaria Gallegos por él; en los papeles extrajudiciales, que diò Don Salvador, y estân en los autos, confiessa, que no passaria de la Contrata, y lo que en ella ofreció: el pleyto oy en la forma que se defiende, es solo, à q̃ se declare, no estar obligado al sanea-

neamiento absoluto; luego las seguridades mayores, que ofreció en la Contrata, y en los papeles; aparentes solo, para que con el falso supuesto de ellas, entrasse Don Francisco en la compreda, y otorgasse el instrumento, empero no à dexarlo seguro; *ac per consequens.* D. Salvador faltô en la Contrata; é insidiô en la pena convençional.

¶ 84. Que se huviesse ido â engañar al Don Francisco, lo manifiesta el papel de Gallegos al fol. 27. en donde confiessa, que su animo era dexar libre la hypoteca (digo mal) las Viñas, que avia de hypotecar al saneamiento de la referida, para que quedasse habilitada la salida de ellas, y esto lo assegura mas el papel de el fol. 28. en donde yá quitado el velo al rostro, se esparciò por Gallegos, *que aunque Don Francisco de Cardenas comprasse con riesgo, lo debia tolerar*; luego Don Salvador Gallegos, en dicha Contrata, fuè solo à vender dichas Viñas, sin quedar gravadas las que le quedaban, y sus bienes, para vsar de ellas libremente; y Don Francisco de Cardenas en el riesgo, porque Don Salvador le condenò à que lo tolerasse, con solo poner en duda, ô reducir à question la Contrata, para que nadie acierte; con la obligacion, que ofreciò Gallegos; y reduciendolo á vozes, decir que él avia cumplido con la Contrata, respecto de que D.

Fran-

Francisco de Cardenas, no ha tolerado estos perjuyzios, firmando el instrumento, que huviera dictado el mismo que firmô la Contrata.

¶ 85. Hasta aqui emos probado, que Don Salvador Gallegos, ofreciò en dicha Contrata, y papeles las mayores seguridades, y que debaxo de esta obligacion, en su defecto, fuè la pena convencional â q̃ se obligaron; en cuyo caso ambas obligaciones son debidas, vna en defecto de otra (101.) respecto de que *simul*, esto es, juntas no se pueden pedir ni mandar; pues, primero se le debe pedir que cumpla lo que ofreciô, ò que en su defecto pague la pena. (102.)

¶ 86. Lo expressado en el numero antecedente, es, y se debe entender en dos casos muy distintos de este; el vno quando en la obligaciõ no se contiene la clausula *rato manẽte pacto*, y el segundo, quando no ha intervenido *juramento*, de parte del que ofreciò libre de gravamenes lo que vendia, que esta clausula tiene la misma fuerça, que la del *rato manente pacto*, y contiene el mismo efecto, y ambas á dos cosas se puedẽ pedir juntamente: (103.) luego siẽdo, como es, la obligacion jurada de parte de Don Salvador, à dar libres las Viñas, que vendia de todos los referidos gravamenes, esto es, por la Contrata, y por los papeles, obligado, á la eviccion absoluta, segun, y

(101.) *Ita Carlebal de iudicis lib. 1. tit. 3. disput. 3. n. 14. ℣. quo casu: ibi: quo casu tam factum quam panã sunt in obligatione post morã. Ita Menoch de Arbitrar lib. 2. casu 498. ex n. 19.*

(102.) *Ibidem Carlebal ℣. sed non potest, post moram obligatus compelli simul ad vtrumq̃ videl. et ad factum, & solvendam penam conventionalem vt extatuit lex 34. tit. 11. part. 5. vbi: notat Greg. Lopez glos. 1. & 2.*

(103.) *Idem Carlebal n. 18. ibi: secundo limita, si contractu ad iciatur iuramentum nam illud habet vim clausula*, rato manente pacto; *& sic habet eumdem efectum, vt simul possit peti pena in cursa propter moram, & factum ex contractu iurato, & alij qua congerit, & n. 22.*

y como avia comprado resistiendose, como se ha resistido à todo, estando como está llano Don Francisco, à que siempre que se le den hypotecas suficientes al seguro del precio que ha dessembolsado, por el valor de las Viñas: consideranse los gravamenes ciertos, ò inciertos; D. Francisco es el obediente â la Contrata, y adquirido el derecho à la pena convençional, y Don Salvador Gallegos, debe ser condenado en ella, por aver faltado à todo lo que ofreciò en la Contrata, y en los demàs papeles.

OBJECPCION I.

¶ 87. Opondràse, por parte de Don Salvador Gallegos, por todo lo referido ha cessado, respecto, de que luego, que tratò de vender sus Viñas, y Don Francisco de Cardenas, se convino en comprarlas, sinçeramente entregô todos sus Titulos â Don Francisco de Cardenas, en donde la mayor parte de dichos gravamenes, se manifestaban (excepto las fianças, que el dicho Don Salvador, avia otorgado: el pleyto de la vereda de los Marotos: el derecho de Don Alonso Cruzado, de que despues se ha jactado: y los dos pleytos, que despues han salido, de Francisco Nuñez de Lara; y de Salvader de Palma: y que aviendolos entregado sinçeramente, y con buena fee: y aviandolos consultado con el

el Licenciado Don Pedro de Monte Mayor, ſu Abogado, y con ſu Procurador; en viſta de ellos. le dixeron, que eſtaban corrientes, pues, empezarõ à tratar, y perficionar el modo de la venta, que aſſi, aviendole eſtos deſſengañado, que eſtaban corrientes los titulos, no tiene oy regreſſo Don Franciſco de Cardenas, contra el dicho Don Salvador; porque eſte cumpliò con averlos manifeſtado, y fuè culpa de D. Franciſco, en averlos elegido (104.) yá fueſſe para el fin de comprar; porque eſto mira à la Ciencia de los defectos, que es igual para la defenſa de los pleytos, que es en el caſo de que hablan dichos fundamentos; y que ſiendo de igual derecho vno, y otro caſo ſeza todo quanto ha ponderado Don Franciſco.

¶ 88. Corrobora mas el referido fundamento: D. Salvador Gallegos: con dezir, que ſu buena fee la tiene juſtificada, ſu buen animo, y ſinçeridad en eſte contrato; con el miſmo hecho de aver entregado dichos titulos; y que aſſi, ſino los vió, y regiſtró el referido Abogado, y Procurador; fuè culpa ſuya, y que ſiendo como es, diſpoſicion de derecho, que qualeſquier minima culpa, es baſtante para excluir al comprador del derecho de eviccion, aun en el caſo de que yà eſtuvieſſe vençido en dichos creditos: *ſed ſic eſt*, que Don Franciſco de Car-

Q de-

(104.)
Gloſ. ſingularis in leg. quod ſinolit §. in mãſipium, verb. ad hibuit, ff. de ædelitio edict. Bald. conſ. 258. lib 5. circa finem: Alexandro conſ. 117. lib. 7. & conſ. 119. lib. 6 Grammaticus conſ. Civile 22. Card. Tuſchus tom. 3. concluſ. 467. n. 19. & aliſque congerit Guzman de evictionibus qq. 5. n. 91. ℣. anteneatur: ibi: anteneatur conducere emptor expertũ ad vocatum, & Procuratorem quia videtur male ſe defendere, ſi non eligat ad vocatum, & procuratorem non quod modo libet ſed bonos; alioquin non habebit regreſſum contra venditorẽ de evictione.

denas, no ha ſalido vencido, y los mas eſtan ſin liquidar: Don Franciſco de Cardenas, no es en minima culpa; que era lo ſuficiente para no concederſele el regreſſo, ſino es en grande; pues tuvo los titulos en ſu poder, y con dictamen de ſu Abogado, y Procurador; ſe aprobaron por legitimos, y corrientes: *ac per conſequens*: Don Franciſco de Cardenas, fué en culpa ſuya, en aver conſentidoſe en la venta; *ergo*, no regreſſo de eviccion, contra Don Salvador, y ſin fundamento todo quanto emos ponderado por D. Franciſco. (105.)

(105.) *Teſtus in leg. ſi ideo ff. de evictionibus: leg. emptor Cod. eodem tit. predictus Guzman de evictionibus, qq. 48. n. 3. qua libet: ibi: quelibet enim minima culpa excludit emptorem at evitionis victoria: ſequitur Franciſcus Vivius, deciſ. 151. n. 10.*

RESPONSIO.

¶ 89. *Huic objeptioni*: reſpõdemos no nos embaraza nada los referidos fundamentos, porque aunque es cierto, que ſe le entregaron los titulos al dicho Don Franciſco, y eſte los conſultô con el dicho Licenciado Don Pedro de Monte Mayor Abogado de la Real Chanzilleria de la Ciudad de Granada, Alcalde Mayor, que fuè de la Ciudad de Alcalâ la Real, tambien lo es, que es vno de los mas expertos, en las defenſas, y de los mas inſignes, y de la mas excelente fama, aſſi en eſta Ciudad, como en todo eſte Reyno, como es notorio, ſiendo eſta expreſion nueſtra mas agravio para ſu modeſtia, que honor ſuyo, para quien tanto ſe ha ſabido merecer; y noſotros

tros jamás ſabremos bien manifeſtar, y aſſi aunque por contigencia huvieſſe avido alguna negligencia en el referido reconocimiento de dichos papeles, con ſolo averlos pueſto en manos de tan excelente Letrado, ſe ha eſcuſado Don Francisco de Cardenas de la culpa, que ſe le ha querido figurar, y por el conſiguiente, la objepcion en ambos caſos, es de ningun fundamẽto. (106.)

(106.) *Idem Guzman de evictionibus qq. 48 n. 4. ibi: quod ebitabit emptor ſi ad hibuerit bonum ad vocatum, & expertum qui ſolet frequentare Palatium cauſarum, & ſe exerſet in litibus forenſibus, & nomen habet excelens, & fama, eſt quod in exercisſitium ſit peritus; & ſi forte contigat, quod in cauſa negligenter ſegerat emptor excuſabitur vt late diximus qq. 5. n. 92.*

¶ 90. *Rurſus*. Dize D. Franciſco, que el herror, y equivocacion de ſu Abogado, y Procurador, que tuvieron en averle aprobado los referidos titulos quando faltaſe todo lo referido, no le puede perjudicar, por que eſtos herrores, y equivocaciones, no obran coſa alguna contra la verdad, ni perjudican à las partes, como no le perjudicó la confeſſion herronea, q̃ expreſſamente hizo el Abogado, que defendiò al Abad, y Canonigos de Noboloco, con el Prior, y Religioſos del Señor San Juan, ſobre la Igleſia del Liſech; en cuyo pleyto, confeſsó el Abogado, que avia mas de quarenta años, avian poſſeydo dicha Igleſia pacificamente, que es el caſo, que trae el derecho Canonico (107.) aſſi expreſſamente decidido.

(107.) *Ita deſsiſſum fuit in cap cum cauſam de Appelationib. leg. vltima Cod. de iure, & facti ignorantia: ibi: iſquierr at non videtur fatetit, & eius gloſ.*

¶ 91. Corroboraſſe mas para prueba deeſte herror; q̃por el miſmo Abogado, y Procurador luegoq̃ reconocierõ el dolo, q̃intervino enla Cõtrata, alegaron todos los referidos vi-

vicios, que resultan de los autos; luego corrigieron el referido herror, demás, que en los dichos titulos, no estaban expressos todos como fueron las dichas fianças: el pleyto de los Marotos, sobre la vereda; la de Cruzado, la lession enorme, y enormissima que se contiene en la nueva que ha puesto Palma; que es *vn quid factum*, que ha resultado despues: el pleyto de Francisco Nuñez de Lara, en la Real Poblacion, y su Juzgado, por el defecto de Jurisdicion: y no estando expressos estos defectos, mal pudo prevenirlos el referido Abogado, y Procurador, por herror, ô por negligencia, ò por otro defecto alguno; y asi el aver entregado dichos titulos D. Salvador, al dicho Don Francisco, para que los reconociesse, no solo no prueban su buena fee; empero el reconocimiento, que hizo el dicho su Abogado, y Procurador, no le perjudica en nada al dicho Don Francisco, *vt antea retulimus.*

¶ 93. Dize mas Don Francisco, porque en aver entregado el dicho Don Salvador, los titulos simplemente, para su reconocimiento solamente, sin expressar, y manifestar las fianças, que avia otorgado; à que estaba obligado: el pleyto de la cervidumbre, que estaba pendiente, assegurando con juramento, que no tenia mas gravamenes que los que expresò en la Contrata, con quales-

lesquiera de estos que huviesse ocultado: era suficiente para estar obligado à todos los daños, è interesses como llebamos fundado. (108.

¶ 94. Corroboràse, porque siendo como era sabidor de todos estos defectos, y gravemenes, y aviẽdo debido el dicho Don Salvador, manifestarlos segun, y como llebamos probado, y fundado con el hecho solo de averlos ocultado, y no manifestado, y aver dispuesto el referido pacto de no quedar obligado à la eviccion, que son los mismos porque podia Don Francisco, ser despojado de la Viña, ô reconvenido como posseedor de ella: en este caso no le aprovecha el pacto, y queda obligado à todo el vendedor, q̃ por singular especie la anota, y funda el *Guzman de evictionibus* (109.) luego siendo Don Salvador, sabidor de ellos, y no constando en los instrumentos, ò titulos expecificamente de ellos, mal los pudiera penetrar Don Francisco, su Abogado, y Procurador, ni aunque se huvieran hallado presentes à la Contrata, conocerlos, si Don Salvador, que los sabia no los manifestò, y con el mismo dolo, y malicia puso el referido pacto, *ac per consequens*, la dicha objeccion, no es de fundamento alguno.

(108)

Ita Guzmã de evictionibus qq. 54 in proémio ℣. tunc: ibi: tũc sïs qui prædium vendidit afirmavit illud non habere servitutem. Saltẽ quia dixit optimum, hoc est, carere vitio; vel sciens habere servitutem; (cilicet, como la de el pleyto de los Marotos, que està pendiente, y lo estaba antes de la Contrata) id non significabit emptori potest emptor agere de evictione etiã ad interesse, & damna: textus in leg. 1. §. venditor, lex Jullianus in princip. & leg. quero ff. de actionibus enti, & ibi, & in n. 5.

(109.)

Idem Guzman de evictionibus qq. 5. n. 96. ℣. adde: ibi: adde unum singulariter notandum; quod pactum, nequis de evictione teneatur non ei prodest, *qui scie causam, ex qua postea evincatur, & eam tacet. leg. tenetur §. ultimo ff. de actionib. empti, ubi Barthol. non hoc dolo non caret: Alexand. cons. 4. n. 2. lib. 3. Tira qq. de Retr. proxim. §. 12. glos. 1. n. 10. & 11.*

OBJECCION 2.

¶ 95. Don Salvador Gallegos,

gos, dize: qué todas las vezes, que Don Francisco de Cardenas firmó dicho papel de Contrata, y en êl se obligó a todo lo que en ella se contiene, y que de todo fué noticiosso, y sabidor por averse e leydo dicha Contrata, como lo expressan, y deponen Fray Ambrosio Lopez Religioso Victorio, Don Joseph de Olivera y Torres, y Juan Ximena, como testigos, que se hallaron presentes, à su formacion, tiene probado plenissimamente el consentimiento del dicho Don Francisco, en el referido Contrato, y por el consiguiẽte, quedó obligado dicho D. Francisco, sinque contra dicha obligacion pueda pretender, ò decir que no huvo pacto, ó estipulacion, ni se le admita excepcion algana. Y que assi todo quanto Don Francisco ha ponderado, no le obsta al dicho D. Salvador. (110.)

¶ 96. Exforçarà mas el fundamento de su objepcion el dicho Don Salvador; que de mas de ser cierto todo lo referido; en semejantes contratos de Compreda, y venta por derecho Civil, era permitido, que entre el vendedor, y cõprador se pudiessen engañar; y lo mismo en todos los los demàs contratos, y que ass, si Don Francisco de Cardenas, no quedô enterado de la Contrata, ò no la entendió, ô en ella fue engañado, por la ocultacion de dictos gravamenes fué culpa de Don

(110.)
Textus in leg. 2. tit. 16. lib. 5. recop. ibi: pareciendo que alguno se quiso obligar à otro por promission, ò por algun Contrato ò en otra manera, sea tenudo de cumplir aquello que se obligô; y no pueda oponer excepciõ q̃ fuè hecha estipulacion, que quiere decir, prometimiento con cierta solemnidad de derecho, ô què fuè hecho el contrato, ò obligacion entre ausentes, ò que no fué hecho ante Escrivano Publico, ô que fuê hecho à otra persona pribada en nombre de otros entre ausentes, ó que se obligô alguno quedaria otro, ó haria alguna cosa: Mandamos, que todavia vala la dicha obligacion, y contrato, que fuere hecho en qualquiera manera que paresca, que uno se quiso obligar á otro: Azebed. in dicta leg. Greg. Lopez in leg. 2. 5. part. tit. 11. glos. 4. Zeballos cõmunes, contra comm. qq. 54. n. 13. & allijque congerit. en los n 9. 10. & 11. Gutierres practicarum qq. lib. 4. qq. 59. signanter n. 4.

Don Francisco; quien debe tolerar este riesgo, como expressamente lo tiene assegurado el dicho Don Salvador, como lo llebamos expressado en el num. 77. de este Papel, y §§. del, y que asi siendo permitido esta decepcion, y engaño, en averlo practicado Don Salvador, ha vsado de su derecho, y por el consiguiente aunque Don Francisco de Cardenas, aya probado los dichos gravamenes, esta justificacion no le puede perjudicar al dicho Don Salvador; ni todo quanto sobre ella ha ponderado (111.) Don Francisco.

RESPONSIO.

¶ 97. *Huic objeptioni*: respondemos no nos embaraza en nada; todo quanto llebamos probado, y fundado por el dicho Don Francisco de Cardenas, antes sì, de la solució, que darémos à este segundo fundamento en que se afianza Don Salvador; queda ebaquado el principal: y por el consiguiente con mas exsornacion todo quanto emos expressado en favor del dicho Don Francisco.

¶ 98 A todo Varon le es prohibido engañar á otro: no solo es proposito, empero, en la cosa, ò en el precio, (112.) y todo pacto, y convencion torpe por derecho està reprobado (113.) luego el averle ocultado Don Salvador Gallegos, los gravamenes, que tenia la Viña, y el mis-

(111.)

Textus in l. g. causa 16. §. idem Pōponinus 4. de minorib. & sati. Collegitur; ex leg. 3. in principio ff. ad leg falcidiam: leg. si volūtate 8. Cod. de resindēda benditione; cap. dilecti 3 & cap. cū causa 8. de emptioni, & benditioni; Scobar à corro de vtroque foro artic. 5. casu 7. n. 3. ibi ad quod suponendum est iure civili statutū esse licere naturaliter contrahentibus ad invicem se dicipere, vt in cōtratu emptionis, & venditionis: & in n. 5 v. idem: ibi: idē admitentes in omnibus contractibus tàn nominatis, quam in uominatis, tam vone fidey, quam struti iuris.

(112)

Glos. in leg. semper in contractibus de regulis iuris.

(113.)

Textus in leg. si vnus §. pacta 4. leg. quod autem 53 leg. neque prater mitendum 57. ff. pro socio, leg. Generaliter 26. de verborum signific. vbi DD. predicto Scobar. n. 16. ibi: bono viro turpe est alterum decipere, non solum ex propositum verum nec ore, & precio; at rey turpis pactum omni iure reprobatur ita sequitur ferrat cautela 4. n. 5.

mismo avia hechado (aunque generales) con juramento , y aver puesto el pacto de saneamiento, â no quedar gravado, ni aun limitadamēte, y à dexar sus Viñas libremente, para poderlas vender con reputacion sin gravamen alguno, y que solo D. Francisco, tolerasse el perjuyzio por entero , despues de aver pagado el precio de la Viña ; *ac per consequens:* Don Francisco de Cardenas, engañado , no solo en la ocultacion de los gravamenes; si tambien en el pacto, y obligacion que se le hizo firmar.

¶ 99. *Rursus:* dize D. Francisco de Cardenas: que asi por derecho natural , Divino, y Civil, està prohibido el que con perjuyzio de tercero , ó injuria suya se vanaglorié en sus interèsses , con conocido lucro suyo del Don Salvador, y perdida notoria del dicho Don Francisco; (114) *sed sic est,* que el dicho Don Salvador, en dichà Contra, q̃ dispuso en ella, solo se tratò de assegurar sus interesses , dexando â D. Francisco , todos los daños , despues de pagado todo el precio de la Viña, sin dexarle el menor recurso al dicho Don Francisco , contra Don Salvador, y sus bienes ; pues esto los dexaba asseguradamente libres debaxo del pacto convençional , y limitado: Don Salvador , luego que vió assegurada la Contrata , con averla firmado Don Francisco, se jactó en el papel de el fol. 28. ibi : *que aunque el di-*

(114.)
Leg. nam hoc natura ff. de conditionib. indebiti : leg. naturaliter §. final leg. hec conditio 66. ff. eodē: leg. Bona fides 50. de actionib empti : cap. suam de penis : cap. locupleclari de regulis iuris sub : Pichardo in instit. §. sed naturalia n. 3. & in disput. nobilitata inter virum , & uxorem n. 73. Surdo consil. 101. n.17. Gratiam Dicepta Forentium tom.4. cap.761. n. 6. Ovidio de Anicijs, & de iure exphiteuctico qq. 70. n. 4. & qq. 73. n. 3. & predictus Scobar, n. 11. ibi : quatto onmi iuri non solum naturali , & Divino Verum, & civili prohibitum est, locuplectari cum aliena iactura. Guzman de evictionibus qq. 7. n. 43. ¥. final.

dicho Don Francisco de Cardenas comprasse con algun perjuyzio lo debia tolerar : Ergo , Don Francisco de Cardenas engañado ; y Don Salvador Gallegos , conseguido todo el lucro , y al mismo tiempo jactandose dentro de los mismos terminos dèl, de averlo logrado.

¶ 100. Oygan los Christianos à Cicerón , â vèr si se averguençan en sus tratos ; dize: nuestras vtilidades todos las debemos solicitar ; pero estas no las emos de conseguir con injuria del tercero (115.) prosigue el mismo, à naide se ha de engañar, porque siempre se ha de vituperar , y huir de hazer injuria al tercero , empero , engañar al tercero aunque sea en cosa leve solicitar su commodo el hombre , con el incommodo de el tercero (atension) augmentando en sus contratos solo sus propios interesses ; esto es mas q̃ contra *el derecho natural , esto supera à la muerte ; es igual con el sentimiento q̃ causa la pobreza. Se compara con el mismo dolor , con todos los demàs daños , q̃ insuperablemente pueden concurrir en vn cuerpo miserable , ò en las cosas externas;* todo esto no se puede bien componer en la naturaleza, que se vna con nuestras facultades , á que siempre estendemos , y augmentamos nuestras obras ; pero todo este genero de obrar mal , no solo lo aborreze la naturaleza, ò el derecho de las gentes, si tambien las leyes , que en muchas

(115.)
Cicer. de oficijs. 2. ibi : Nostra vtilitates nobis omitende non sunt. Alijsque tradende, cum ipsis egeamus: sed suiquique vtilitati, quod sine Alterius iniuria fiat serviendum est.

Ibidem Cicer. de oficijs 3. ibi: Rey fam liaris amplificatio nemini nocens non est vituperanda, sed fugienda semper iniuria. Sed detragere aliquid alteri, & hominem hominis incommodo suum augere commodum, magis est contra naturam, quam mors quam paupertas, quam dolor; quam catera, qua possunt aut corpori accidere; aut rebus externis. Illud enim natura non patitur vt aliorum spolijs nostras facultates, copias, opes augeamus. Neque vero hoc solum natura idest iure gentiũ, sed etiã legibus populorum, quibus in singulis Civitatibus respublica continẽtur codẽ modo constitũ est, vt non liceat sui cõmodi causa, nocerit alteri.

(117.)

In 3. de finib. prędictus Cicerõ: ibi: alienũ est á iustitia, ad quam nati esse videmur, detrahere quid de aliquod, que de sibi: asũmat.

(118.)

Lebitici cap. 19. n. 35. ibi: nolite, facere in niquum aliquid in iuditio, in regula, impondere, & in mensura, statera iusta equa pondera, iustus modius aquensque sextarius & Deuteronomio cap. 24 n. 13 ibi: non habebis in saculo diversa pondera maius, & minus, & in pro vel cap. 20. n. 10. ibi: pondus, & põdus mensura, & mẽsura vtrunq̃ abominabile est apud Deum.

Ciudades municipalmente las tienen ordenadas, y guardadas sin permitir, que ninguno por commodo propio suyo, perjudique à otro, (116.) prosigue diziendo: Tambien es ageno de toda justicia, de cuya fuente ha nacido el prohibir el quitar nada à otro para tomarlo para si. (117.)

¶ 101. Y si fuera justo el engaño, pudiera subsistir assi en el precio, en la medida como en todo lo demàs: *sed sicque est*, que este està prohibido por derecho Divino (118) el que ninguno le sea licito engañar à otro; luego tambien està comprehendido Don Salvador Gallegos en esta prohibicion: *igitur*, deberá quedar libre de este engaño Don Francisco de Cardenas.

¶ 102. Assi como vozea D. Salvador Gallegos, que vendiô vna Alaja fructifera, y de tanta consideracion, porque recibiendo su precio pudiera destinarlo en cosas tan piadosas como la Profecion de sus hijas en el Convento de Señora Santa Clara, y pagar sus deudas (cuydado cõ esta exclamacion, que es muy repetida) y ambos fines contienen vnos nombres muy justificados) para percebir el precio, y valor de la Viña, que todo ha cessado (dize Don Salvador, por el medio de este pleyto, y el deposito, de que se le han seguido tantos perjuycios, como es, hallarse sin Viña, y sin dinero; dize Don Francisco de Cardenas, que

tam-

tambien se halla despojado de todo el valor de la Viña: La Viña mandada poner en administracion (aunque hasta de presente por mucho, q̃ ha repetido las instancias Don Francisco, no lo ha podido conseguir) se halla con este pleyto tan ruydoso, los demás començados por los que tienen interesse, sus fines inciertos, y dudossos; pues si despues de tener pagada la Viña; fuesse condenado como tal posseedor de la Alaja, â la paga, y repeticion de todo. Le queda otro pleyto despues de pagar en lo que fuere condenado; con D. Salvador Gallegos; ò los posseedores de los que sucedieren en sus Viñas, y estos con el motivo de la Contrata, ò pacto en ella puesto, pretenderân no estar obligados à cosa alguna; q̃ todo puede quedar oy reparado, con no permitir, que Don Francisco de Cardenas, experimente tan duplicados daños como le amenazan; assi como Don Salvador Gallegos, precissamente, querrà no recibir en si perjuyzio alguno en el precio de la Viña; y si para sí no quiere, esta igualdad de el derecho (119.) *igitur*, quiere Don Salvador, que à la medida de su proceder tenga igual correspondiencia de Justicia. (120.)

¶ 103. Y assi como se ponderára por Don Salvador Gallegos, y se ha ponderado, que no ay cosa mas natural, que observar los pactos, y convençiones que hazen los hombres

(119)

Text in leg. iustitia ff. de iusticia, & iure: leg. multum interest 6. in fine Cod. siquis alteri vel sibi: §. iuris pracepta vbi glos. Pichar. super instit. eodem n. 30. & cap. placuit de motoritate. & obedientia, & praedictus Scobar, á corro idem n. 12. §. quinto: ibi: Quinto; nemo alteri inferre debet quo sibi, me inferri nolet.

(120)

Divus Thomàs 2. 2. qq. 77. articulo 1 Matthæi cap. 7. n. 12. & cum eo concordat el Señor San Lucas cap. 6. n 31 & Tobias cap. 4. n. 16. & praedictus: Scobar; idem §. in finalibus v. igitur nec si iuste, operetur id ipsum in proximo velle debet procedit.

bres entresi, y en que quedaron cõformes en la Contrata, y lo fundara Don Salvador, demàs de lo expressado. (121.)

¶ 104. En la misma forma, exclama Don Francisco de Cardenas se deben observar los pactos, y convençiones, que hazen los hombres en los que no ha intervenido fraude, dolo, falsa asseberacion, ó suposiciõ; que todo esto ha intervenido en la expressada Contrata, que dictô, y dispuso el dicho Don Salvador Gallegos, para pillar el precio todo de la Viña, y no quedar obligado à cosa alguna de los referidos gravamenes, que se hallan justificados, que se ocultaron al tiempo de la Contrata, y que es lo mismo que sinò se huviera otorgado (122.) porque todo se contiene en aquella palabra de el texto *Bona fides. Sed sic est*, que de parte del dicho Don Salvador, al tiempo de la dicha Contrata, pacto, ô convençion, que en ella se contiene, ha faltado segun està expressado: *ac per consequens.* No està obligado Don Francisco de Cardenas, á cumplirla.

¶ 105. Compruebase mas respecto de que siendo el lucrado en dicha Contrata el dicho Don Salvador, y el que en estos autos se ha jactado, que aunque reciba perjuyzio Don Francisco, lo debe tolerar; con la sciencia cierta de ser en perjuyzio de el tercero, como lo es el di;

(121.) *Textus in leg. ex empto 11. de accionibus emti in princip ibi: niquit magis Bone fedey congruit, quam id præstari, quod inter contrahentes actum est leg. 1. §. 1. de Pactis: textus in leg. non minorem 20. Cod. de transationib. leg. si voluntate Cod. de residenda venditione.*

(122.) *Textus in leg. si cnm fundum 68. in fine ff. de contrahenda entioni: leg. 3. in fin. ff. procotio: leg. nac 33. ff. de locati: leg qui filiũ 22. de manumisis; prædictus Scobar, à corro n. 77. ibi: que si bona fide fiant ide est sine fraude, & sine dolo, sineque falsa acceberatione, aut supresione, & simplicitate non astute, non malitiose, non dolosæ neque calide consilio: textus in leg consilio §. sed si, 3. & §. sequenter de authoritat.*

dicho Don Francisco: este es otro motivo, que manifiesta el dolo en el dicho Don Salvador (123.) cometido en dicha Contrata: *ergo*, Don Salvador, obró mal en averla dispuesto en notorio pejuyzio de tercero: *ac per consequens*: aborreciò la luz, como lo assegura Christo Señor Nro. por el Señor San Juan (124. y Don Francisco de Cardenas, no está obligado á cumplir la dicha Contrata.

¶ 106. Don Francisco de Cardenas, dize mas; que nada assegura mas el dolo como siendo hecha, y formada la Contrata, en sus Casas, dictada por el dicho Don Salvador, y escripta por Don Alonso de Higueras, Sobrino del dicho D. Francisco, nada menos, que averlo puesto à este por testigo de dicha Contrata; empero, â ninguna de las demâs personas, y criados de dichas Casas, y solo se contubieron, y expressaron por testigos en ella al dicho Fray Ambrosio, Religioso de la Victoria, intimo Amigo del Don Salvador: Don Joseph de Olivera, y Torres, su Sobrino, y persona, que la tenia consigo de assistencia en sus Casas: y Juan Ximena, Capataz, que era, y es del dicho Don Salvador, personas, que llevô prebenidas para testigos de dicha Contrata, y en quiẽ ha tenido puesta su confiança para la prueba del consentimiento de la dicha Contrata, y todo lo demás en que se ha fundado.

T ¶ 107.

(123.)

Idem Scobar á corro n. 12. ibi: quod in tantum procedit vt luciũ sienter capiens cum iactura alterius in dolo esse dicatur, textus in leg. 1. §. ane impupilum ff. de deposi- ti: text. in leg. siquis mancipijs 17. §. Proculus ait, ff. de institutionibus: Marius Giurb in cõsuetud senat Messaneu cap 1. glos. 8. n. 64. pars 1. Crabet. cons. 42. n. 17. Lanzelot. cons. 10. 87. Frãciscus vivi Decis. 160.

(124.)

Male agens odij lucem ex authoritate Christi Domini Nostri Ioan. cap. 3. probant: textus in leg. 1. §. tria lumina vbi glos. ff. de ventre inspiend, lex donatio 25. (vbi glos. verb. oculte) Cod. de donationibus: lex non exsistimo 55. de admist. tut. cap. consuluit 24 (vbi glos. verb. qui male) extra de oficio delegatis: cap pernitiosam 18. qq. 2. cap. 1 ℣. Porro, vt Eclesia Benefic. cap. cum ex in iunto de hereticis Surd cons. 132. n. 24.

NOTA.

Por la Provãça de Gallegos, cõsta el referido parentesco de Olivera, y q̃ le tenia en su casas: ser su Capataz Iuan Ximena: y Fr. Ambrosio, su intimo Amigo, quien no lo expressan à las generales de la ley. Y esta amistad la ha justificado D. Francisco de Cardenas, en su Probauça plenamente en la 18. y dezima nona, pregunta con 23. testigos.

¶ 107. Olvidase Don Salvador Gallegos, de que en el mismo dia 31. de Agosto de 727. en que se, otorgó la Contrata, dispuso vn recibo de ella, del referido Religioso Fray Ambrosio Lopez, quien immediatamente que se acabó se entregô en ella, y se la llevò, sin que de dicha Contrata, se le huviesse dado traslado integro al dicho Don Francisco, para que se enterasse de ella, y de sus Clausulas; antes si, el mismo que la dispuso se la llevô, por el medio de ponerla en manos del dicho Religioso, dexandole solo vn recibo de ella simple al dicho D. Francisco, sin expressar en èl, nada de lo que contenia la Contrata. Y no se contentó Don Salvador, con aver premeditado esta tramoya, si tambiē para que nunca pudiera vêr D. Francisco la dicha Contrata, ni pedirlas en la misma Contrata; que el mismo Don Salvador, se llevó, notô, y dispuso la Clausula siguiente: ibi: *Y este Papel ha de quedar en poder de el dicho P. Fray Ambrosio, dando recibo para que las partes vsen de sus recursos, y dicho Padre lo haga presente cada, y quando que lo pidan, y fuere conveniente, assi para executar los aprecios, como para arreglar la Escriptura à sus Clausulas. Ergo*, siempre que al dicho D. Salvador, *le pareciera que no era conveniente*, en fuerça de dicha condicion, que assimismo dispuso en la Contrata, aunque Don Francisco de

Car-

Cardenas la pidiesse para verla, dispuso forma, y medio para embarazarle al dicho Don Francisco, su reconocimiento: *igitur* dolo. *Ac per cōsequens*, ninguna obligacion eñ el dicho Don Francisco, a observar Contrata, que en ella misma se le pribò su reconocimiento.

¶ 108. Compruebase mas lo referido en el numero antecedente, respecto de estar justificado el dolo, fraude, y engaño en el todo de dicha Contrata: *vt antea superabundanti retulimus*; que el mismo juyzio que se puede formar, y emos formado de la dicha Contrata, y el todo de sus Clausulas; esse mismo se debe formar, para el referido dolo, y engaño, ê in subsistencia de la dicha Cōtrata: de esta vltima parte de esta Contrata, y condicion, como parte de ella; por ser como este juyzio presuncion muy conforme á la discrecion summa del derecho. (125.) Y como sea mas propio adaptar el derecho, á aquello que es mas frequente, como ha subcedido en dicha Contrata, con el referido Don Salvador, no podrà dezir este, que el averlo dispuesto, y premeditado assi, ha sido raro accidente, que impensado le sucediò. quando de la misma Contrata, consta que de premeditado lo dispuso: *ac per consequens*, su addaptacion, ha de ser mas conforme â la frequencia justificada contra el Don Salvador. Assi como el

de

(125.) *Textus in leg. quede tota ff. de reivindicatione: ibi: inditium idem, & de dolo, quod ad totum, quod de parte, quod ad partem: leg. àtitio ff. de verb. oblig. leg. iuris gētium §. adeo ff. de pactis: leg qui scit ff. de vsuris: cap. Pastoralis §. 1. & ibi: glos. verb. citationis de ofitio delegatis: leg. an in totum ff. pre de reliat. èversare, in intopicis, legal, cum alijs, loco 80. Estephano Gratiā diceptationē forentiū tom. 4. cap. 676. n. 16. & cap. 792. n. 4. & cap. 796. n. 14. Idem sequitur Vizent. Fusario de subsit, qq. 308. n. 63.*

derecho lo presume. (126.)

¶ 109. La constumbre en el obrar: haze precissa presuncion contra el dicho Don Salvador, en el cometer: assi lo presume el derecho (127.) y es de tal calidad, que es licito el argumento, que en ella se funda (128.) luego aviendo probado el dolo, y fraude que he intervino en dicha Contrata, y parte de ella; como en todo lo demás, que llebamos fundado en esta Alegacion, cometido por el dicho Don Salvador, y que todo lo emos concordado con lo que está dispuesto por derecho: *ac per consequens*, emos probado, y fundado, que Don Francisco de Cardenas, no està obligado à observar dicha Contrata, y que se le debe absolver de ella.

OBIEPCION 3.

¶ 110. Don Salvador Gallegos, haze nueva instancia sobre lo ponderado en la Objepcion antecedente, que aviendose hallado presente quando se dictó la Contrata, y aviendola firmado, que es prueba del consentimiento de el dicho D. Francisco de Cardenas, sciencia de ella, y de todo su contenido, por ser en hecho propio, en que trataba de comprar para sus interesses vna Alaja de tanto precio, y estimacion en que es visto, que al tiempo de su compreda, y el de la dicha Contrata, como en

(126.)

Leg. iura, Cod. de postulaud: ibi: iura potius sed adaptans adea, frequenter, quam adeaque raro eveniunt: leg. nam ad ea ff. de legibus: Thomàs de Thomaset. regula 14. Menoch. de dipiscend. possetiō, remed. 2. n. 111.

(127.)

Textus in leg. certi condit. sinummos ff. cizertum petatur: ibi: ásueta fieri facile presumitur.

(128.)

Textus in leg. siquis donaturus ff. de vsufruct. ibi: & ab asuetis licitum est arguere: leg. quod sinolet §. qui asiduus ff. de edelitio Edicto: leg. certi conditio §. sinummos ibidem: in n. 127. everard. in topicis legal. lib. loco 63. Menoch. de præsumptionibus, lib. 3. qq. 7. n. 5. & qq. 14. n. 13. & cons. 121. n. 50. Cardi. Tusch. lit. A conclus. 507. n. 31. Vgolin. Seraphin de Privilegis: strac. Caldas Pereira, & Farinacio in praxi Criminal pars 3. qq. 103. n. 160. & alis.

en hecho tan propio, es visto ponderia el mayor cuydado; y que assi el pretexto de la ignorancia; empapeles, q̃ supone tener Don Francisco de Cardenas, para no quedar obligado â dicha Contrata, es afectada, y supuesta: *ac per consequens, la dicha ignorancia*, no le puede escusar, de cumplir, y ser apremiado à que cũpla todo lo contenido en la dicha Contrata, y que assi es de ninguna substancia todo quanto Don Francisco de Cardenas ha põderado. (129.)

RESPONSIO.

§ 111. No ay cosa por justa que sea, que para obscurecerla no busque la malicia duplicadas dudas para confundir la verdad, como lo expresò Justiniano (130.) empero, siendo precisso à nuestra obligacion, dar satisfaciõ á la referida Objepciõ, todo quanto alcansare nuestra cortedad; y aunque conocemos à la verdad, que para el caso que se disputa sobra mucho de tanto como vâ ponperado (131.) y mas al proposito de nuestro assunto, Quinteliano (132.) y assi fuera escusarnos de timidos de fundarle, assi por no poderse negar nuestra obligacion a la defensa: y lo otro porque no quede sin respuesta el mas leve escrupulo; desseamos adelantar nuestras proposiciones, aun contra el dictamen de Matheo Bravo (133.) que dize: que las nimias sub-

(129.)

Text. in leg. quãquã ff. ad Veleianum: ita Farinacio: in suis frã. pars. 2. n. 207. ibi: ignorantia in facto propio non escusat nec presumitur, & alisque congerit.

(130.)

Ita Iustiniano in Auth de tabellionib. cap. 1. §. 3. ibi: nihil interhomines sic est indubitatum vt non poßit (licet sit Valde iustißimum) tamen suscipere quamdam solicitam dubitationem.

(131.)

Text. in leg. 1. §. final ff de dote prælegata: ibi: nam quidquid demostratę rei additur satis demõstratæ frustra est. Text. in cap. venequidem distinc. 86. ibi: in vanum enim laborat qui solũ certat fascibus adiubare: cap. si omnia 6. qq. 1. Ovidio elegia ibi: quid folia arboribus plena, quid sidera Cælo, infracta collectas alta qui dadas aquas?

(132.)

Quintiliano lib. 12. instit. orát. cp. 9. neque enim solũ negligentis, sed, & mali, & insuscepta causa perfidi ac proditoris est peius agere quam posit.

(133.)

Matheo Bravo lib. 2. de Regendi rationi fol. 83. ibi: nimia subtilitas inimica prudentię.

ſubtilezas, ſe deben deſpreciar como enemigas de la prudencia: y aſsi nos hazémos cargo de la Objepcion, aũque en todo ſujeto à mejor cenſura, quedando noſotros conſolados, no hará falta la eloquencia donde ſobra la Juſticia (134.) que le aſsiſte à Don Franciſco de Cardenas.

(134.)
Quintiliano de Orator. Dialog. 11. ibi: nam ſtatutum cuiuſque ac ſecuritatem, melius ignocentia tuetur, quam eloquentia, nec vereor, nemichi vnquam verba inſinatu, niſi pro alterius diſcrimine facienda ſunt.

¶ 112. En dos maneras, ó formas ſe divide la ignorancia; vna de derecho, y otra de hecho; eſta vltima, que es à la que ſe termina eſta Objepcion, ſe divide para proceder, con mas conocimiento de cauſa en otras dos. Vna de hecho proprio, y otra de hecho ageno; con cuya formal divicion paſſarêmos á fundar, y probar, que aviendo diſpueſto, dictado, y formado la referida Contrata (y quedadoſe cō ella el miſmo Don Salvador, que la diſpuſo por medio del referido Religioſo: eſte es vn hecho ageno cometido, y practicado por el referido Don Salvador; y cōmo tal regularmente ſe preſume ignorancia en el dicho Don Franciſco, la qual le eſcuſa de dicha obligacion. (135.)

(135)
Ita Farinacio in ſuis Fram. Pars. 2. à n 91. ignorantia, itaque, facti alieni regulariter indubio præſumitur, & excuſat. probatur hac regula in leg. verius ff. de probationibus:: & aliſque congerit.

¶ 113. Y aſſi como la ſciencia ſe preſume en aquel en cuyo poder ſe halla el inſtrumento; de todo quanto en él ſe contiene: aſſi la ignorancia ſe preſume tenerla â quel, que ſiendo intereſſado en el inſtrumento ſe le dexa pribado dèl; y ſo lo llebó el miſmo que lo dictô, con el pretexto de ponerlo en poder del

miſ-

mismo Religioso, que trujo à este fin, y à que fuesse parcial testigo de tan buena obra *sed sic est*, que á D. Francisco de Cardenas, se le dexô pribado del instrumento, ó Contrata, y este se halló en poder del referido Religioso, que fué llebado para este mismo efecto por Don Salvador, *ac per consequens*: la presuncion de la ignorancia de todo quanto en dicha Contrata, se contuvo es á favor del dicho Don Francisco de Cardenas, cuyo argumento lo prueba Farinacio, *à contrario censu.* (136.) Y como sea indisputable, que la ignorancia del hecho ageno, no solo excusa de la obligacion, que en ella se contiene, mas es de tal calidad, que dexa dudoso el hecho de aquel à quiẽ se quiere constituir obligado, y como sea igual en la estimacion de derecho, la duda que la ignorancia, y à ella se equipare (137.) y es de tal forma, que no solo escusa de la obligacion, y de la pena en las causas criminales, si tambien en la Civiles (138.) y le escusa del dolo como de la presuncion dél.

¶ 114. Esta ignorancia se presume tambien á favor del dicho D. Francisco, de la qualidad de la misma Contrata. al reconocer en ella, quien es el lucrado; è interessado, ò ha recibido commodo; y quien tratò en ella de el *lucro captando*: *sed sic est*, que Don Salvador Gallegos, es en ella solo el interessado, en la liber-

tad

(136.)

Ibidem Farinacio n. 112.

(137.)

Ibidem Farinacio n 96. ignorantia in facto alieno non solum excusare sed etiam dubitationem facit regula, quia dubitans, & ignorans equiparatur. Sita Aimon Bartho. & Angelo Exfortia: Iuã Bautista Cuta, & Tiraquell. cum alijs.

(138.)

Ibidem Farinacio n 97. ibi: ignorantia facti alieni; nedum escusat in Civilibus sed etiam in Criminalibus. Ignorans enim dolum non comitit nec in dolo presumitur.

tad de ſus bienes, y en recibir el dinero, y precio de la Viña por entero, ſin perdida, ni daño alguno: y fuè de tal arte, que Don Franciſco, aun no pudo prevenir: *el damno vitando*, tan conſiderable como ſe le ha ſeguido en la defenſa de eſte pleyto, que ſu coſto paſſa à la hora de eſta demás de 20Ꝟ. reales, demàs de los perjuyzios que ſe le han ſeguido, en tener embarazado á vn hombre de Comercio, en vn pleyto tan ruydoſo: *Ergo*, Don Franciſco de Cardenas ignorante: *ac per conſequens*, eſcuſado de la obligacion de la Contrata; y mas quando ſe dirigiò el referido intereſſe, y lucro, à favor del dicho Don Salvador. (139.)

¶ 115. Y en la forma que diſpuſo la Contrata, en duda, jamàs ſe preſume, aſſi para la condenacion de la pena, como para todo lo demàs en donde ſe trata de grave intereſſe, y perjuyzio, no baſta que ingenere, ſuponga Don Salvador, que Don Franciſco de Cardenas, pudo tener alguna ſciencia de la Contrata: si, que es neceſſario que en èl ſe pruebe del miſmo hecho de ella. Don Franciſco de Cardenas, quedò enterado, y con ſciencia fija de todas las qualidades, circunſtancias, y requiſitos de dicha Contrata (140) aſſi como no baſta, en los caſos que es preciſſo la ſciencia de la ſentencia, tener noticia, *ingenere*: porque es neceſſario para que perjudique, averſela

(139)
Ibidem Farinacio à contrario ſenſu n.117. ibi ignorantia facti alieni, non preſumitur, ſed ſcientia in eo qui ex aliquo facto etiã alieno commodum ſumpſit. Et in n. 118. & ibi: non preſumitur, quomodo agitur, de lucro captando; vbi quod in lucris ignorantia non prodeſt &c. Et ibi: quando agitur de lucro captando cum damno alterius ignorantia non proſit.

(140.)
Ibidem Farinacio n. 233. ibi: ignorantia in dubium preſumitur, & non ſcientia in tantum quo ad efectum vt ſupra incurrendi penam, vel ſi agatur de aliquo gravi præiudicio non ſuficit ali, cuius facti ſcientiam habere niſi etiam quis, ſciat eiuſdem facti omnes qualitates, & circunſtantias: textus in cap. concertationi in Verb. ſciberit, & omnes Canoniſtas, & alijſque congerit.

sela hecho saber con todas sus qualidades, y gravamenes (141.) porque de otra forma, no le podrà perjudicar, contra quien se pronunciò.

¶ 116. En este pleyto trata, y es su principal fundamento, de D. Salvador Gallegos, que se le ha de condenar, à Don Francisco de Cardenas, al cumplimiento de la Contrata, y â la paga de la pena convençional, por suponer, que ha faltado à todo: *sed sic est*, que siempre que contra el dicho Don Francisco, se pretenda aver incurrido en pena, y pribarle de sus derechos con llegar á debido efecto dicha Contrata, las perdidas en su caudal, ó de los demâs perjuyzios, que se han expressado en estos casos conforme á derecho, no se presume sciencia en Don Francisco, antes sì ignorancia en la inteligencia en dicha Contrata: y fundandose Don Salvador, en la inteligencia del dicho Don Francisco, y que lo quedò integramente de todas las circunstancias de la dicha Cōtrata; esta la debe probar plena, concluyente, verdadera, y cierta, y no presuntiva: nada de esto ha probado Don Salvador, y al dicho Don Francisco, le assiste la presunsion legal: *ac per consequens*, cesa el fundamento de la dicha Objepcion (142.) y mas quando es de tanta consideracion, y perjuyzio (143.) que por considerarse tal, no se difiere al juramento.

X ¶ 117.

(141.)

Idem n. 233. ℣. apud quos: ibi: apud quos in expecie reperies quod quando in aliquo casu requiritur scientia sententiæ non suficit haberet notitiam, sententiæ in genere, nisi etiam sciantur eiusdem sententiæ omnes qualitates, & omnia gravimina, y lata,

(142.)

Ibidem Farinacio n. 231. ibi: ignorantia præsumitur, & non sciētia, quando agitur de pena: vel alias de juere tolendo vel perdendo sed de quo cumque grabi: præiuditio, *& isto casu sciētia debet esse plena, concludens vera, & certa, non autem præsunta. Cum alijs quę congerit.*

(143.)

Ibidem Farinacio ignorantia non probatur, iuramento; quando agitur de gravi, alterius pręiuditio, si agatur de causa, magnequantitatis, como es la presente.

¶ 117. Dize mas Don Francisco, que en este pleyto, solo trata de evitar los daños, que estan patentemente justificados; que es precisso, que los experimente, à no aver puesto esta defensa; en cuyos terminos no solo se presume en el dicho Don Francisco, la ignorancia; si que le escusa de la obligacion de dicha Contrata, y todo quanto en ella se contiene. (144.)

¶ 118. *Rursus*: se afiança mas, respecto de que todo el contexto de la Contrata, derechos de eviccion, nuevamente premeditados en ella por Don Salvador Gallegos, aun despues de vistos, y premeditados cõ mucho estudio, para acomodar su obscuridad à lo dispuesto por derecho, han de ser bastantemente linçes los entendimientos, y muy versados en la practica de semejantes questiones; pues como será capaz de persuadirse, à que ayga persona, q̃ crea, que Don Francisco de Cardenas, aunque se le huviesse leydo la Contrata, la comprehendiesse, y tuviesse sciencia de todas las circunstãcias, que en ella se contuvieron, quedando en ellas sus clausulas tan obscuras, como arduas; que es en el caso q̃ escusa la ignorancia de la obligacion (145.) y esta se llama question de derecho dudosa; la que se convierte en varias opiniones, y disputas de DD. (146.) y es en tanto grado, la referida regla cierto, que aun-

(144.)

Ibidem Farinacio ignorantia iuris licet non præsumatur, & non escused regulariter, hoc tamen inteligendum est, *vt non escuset, quando agitur de lucro captando (scilicet como contra D Salvador Gallegos, està justificado; demás de ser persona capaz, y de la mayor inteligencia, en papeles, y pleytos, y en todo) secus side dãno vitando, & de amitendum jusquæ situm (como le sucede â D. Francisco de Cardeñas) sita Anata; Crescent de dolo, & contumacia. Cardinalis Thusc. Sebastiam de Medicis, y á Exfort.*

(145.)

Ibidem Farinacio n. 266. ibi: ignorantia iuris dubis: obscuri seu dificilis, & ardui, presumitur, & escusato, & alijsque congerit.

(146.)

Idem Farinatio n. 267.

aunque Don Francisco de Cardenas, fuesse Doctor, ù Abogado, se halla dispuesta de tal calidad la Contrata, que no dudariamos de escusarlo, cō solo ver el artificio conque la notô, y dispuso Don Salvador Gallegos, que el mas linze entendimiento, viniera à quedar, despues de averla registrado, sino ignorante de sus clausulas, à lo menos dudoso de su inteligencia (147.) y no solo estos si tambien aquellos, que estando obligados â consultarlo con Letrados, y personas peritas, no lo hizieran tambien si hallan de escusados.

¶ 119. Hasta aqui emos fundado, y probado por derecho la presuncion, que á su favor tiene Don Francisco de Cardenas, de la ignorancia de la dicha Contrata, y de su inteligencia en sus clausulas, y circunstancias de ellas, que bastava sobradamente; empero aora la emos de probar, por confesion hecha en estos autos por el mismo Don Salvador Gallegos: El referido le escrivió vn papel, â Ioseph Manuel de Corbalán, en que le ordena ponga en poder de Montemayor el papel de Contrata, para que se ordenasse la Escriptura reglada á él; y q̃ le haga presente los aprecios, y lo buelva original al mismo Corbalân: y dize, que la Viña, hypoteca estarà à las faltas, que seràn ningunas lo principal para este assunto (148.) de lo que Don Salvador Gallegos, tra-

(147.)
Ibidem Farinatio n. 268. ibi: & in tantum vera est præmisa conclusio; vt hæc opinionum diversitas, & dubictas iuris escuset etiã Doctorum, & iuris peritum, &c. Et in ℣. nunquid: ibi: nunquid autem opinionum diversitas, & error iuris dubij escuset presertim Doctorem qui peritiores non consuluit sita Aviv, y à Estephan Lãbertin, & alijs.

(148.)
Papel de D. Salvador Gallegos, que este ha reconocido fol. 29. su fecha á 10. de Nobiẽbre de 1726. dirigido à Corbalân. En la Pieza 1. ibi: Y que se dexe Garzès de Papeles de servicio, que aqui no sirven sino de confundir, y poner en mala fee, á quien no alcança de estos lanzes.

NOTA.

23. Testigos de la Probança de Don Francisco de Cardenas, expressan es ignorante de Papeles, y ninguna inteligencia en ellos, y que solo sabe firmar. y no leer, ni escrivir.

82

trata, es la mifma Contrata, e hypotecas, y de los gravamenes de que pareze, que Garzès le avia inftruydo á Cardenas: y reconociendolo affi Gallegos, le dize: que no ponga de mala fee à Don Francifco de Cardenas, porque efte no alcança de eftos lançes, no avia otros prefentes que la Contrata, y fus claufulas: luego en los mifmos terminos de la Cõtrata, Don Salvador Gallegos, confieffa, que no la ha alcançado, y penetrado: *igitur*: ignorante D. Francifco de Cardenas, por propia confefsion de Gallegos: *ac per confequens*: debe fer abfuelto de la obligacion contenida en ella.

¶ 120. Corroborafe mas; pues no fe contenta en dicho papel, con confeffar, que Don Francifco de Cardenas, no alcança eftos lançes, efto es, que ignora efta moda de Contrata, y obligaciones, y modos de fus pactos, fi tambien encarga, que Garzés, fu Procurador, no fe los advierta, y manifiefte: es cierto, que quando tuviera alguna duda la prueba, del dolo en el dicho D. Salvador, baftaba efte papel, para la plena juftificacion de él; como tambien para juftificar la ignorancia del dicho Don Francifco, en hecho ageno, que cometiò el mifmo Don Salvador: *ergo*, probada por propia confefion de Gallegos; la cõfequencia, que es la ignorancia del dicho Don Francifco de Cardenas, en feme-

mejantes contratas, està comprobada con la antecedente disposicion, y presuncion de derecho, que en Don Francisco se presume: *ac per consequens*: debe ser absuelto de la Contrata, y de todo quanto en ella se contiene, y ha quedado sin fundamento alguno la dicha Objepcion, (149.)

¶ 121. Afiançasse mas, con aver probado Don Francisco de Cardenas con mucho numero de testigos, la grande ignorancia en pleytos, y papeles, y que solo la tiene en el manejo de sus traficos, que es muy distinta, y separada la buena fee de estos, que la de la turbacion de los pleytos; y al mismo tiempo, la grande inteligencia en papeles, q̃ tiene el dicho Don Salvador, y lo versado que siempre ha sido en ellos, desde que exerciô el Oficio de Procurador, que ambas circunstancias, por si solas, cada vna, y sin los fundamentos expressados era bastante para destruir la Objepcion: *ac per consequens*: estando justificadas ambas, assi por los referidos instrumentos, como por la prueba de testigos, todos de mayor excepcion, y de hecho propio que la *Coadiubam*, hazen mas notoria la justicia de Don Francisco de Cardenas: y mas quando el Don Salvador, por ser publica la ignorancia en papeles del dicho Don Francisco, y su Sobrino Don Alonso Ygueras, no ha dicho, ni articu-

(149.) *Text. in leg. ad remmo vilem: ad legatum ff de Procuratoribus, leg. qui propio, §. qui alii ad ff eodẽ ibi: consequens qui vult. vult. & antecedens: Antonius Gomez variarum tom. 1. cap. 3. n. 23. & alij. Et leg. cuicumque §. per in fine ff. de instit. action. Tuschus liter. C. conclus. 75. ibi: & qui vult. antecedens consequens vult.*

NOTA.

23. *Testigos de la Provança de D. Francisco de Cardenas, expressan, que solo sabe firmar, y no leer, ni escrivir; y dos Corredores afirman, que en muchos tratos que por su mano han hecho con èl, afirmado los papeles, que ellos han formado sin detenerse: y todos en los 3. pregunta, que asi el susodicho, como D. Alonso de Ygueras, su Sobrino, no tienen inteligencia alguna en pleytos, ni papeles, y q̃ aunque se les huviera leido la Contrata, no pudieran quedar enterados en ella, y de sus clausulas: mayormente quãdo no se les diô vn traslado de ella, para que la comunicassen con personas inteligentes.*

Contra cuya prueba de ignorancia, y falta de inteligencia en papeles en el dicho Don Francisco de Cardenas, y D. Alonso Ygueras, su Sobrino (que escriviô la Contrata) no se ha articulado por Don Salvador Gallegos cosa alguna.

Antes sì, por la Probança que

hizo el dicho Don Salvador; à la septima pregunta, Ioseph Manuel Corbalân, testigo presentado, por Gallegos; dixo hablando de vn borrador, que avia hecho para la Escriptura, que le avia debuelto Cardenas, diziendole que estava arreglado; porq̃ assi se lo aviã assegurado las personas con quien lo avian comunicado: *Prueba de que Don Francisco, por si, no tiene inteligencia alguna.*

lado, ò probàdo cosa alguna: como vâ expressado en la Nota del margen.

OBIECPCION 4.

¶ 122. Don Salvador Gallegos, reconociendo que los gravamenes, que con tanto cuydado se los ocultô en la Contrata, se han manifestado, y probado; ha premeditado, que el averlos puesto el dicho Don Francisco, en este pleyto por excepcion, no es porque sean ciertos; si, porque no teniendo D. Francisco, conque pagar lo estipulado en contado, y que no pudiendo conseguir con el dicho Don Ioseph Manuel Corbalán, que en la Escriptura de venta, que ante este se avia de otorgar, se pusiesse *la fee de paga*, y despues hazerlo á plazos: se han solicitado, y figurado estos gravamenes â fin de tomar tiempo, y cumplir con las amenazas, que sobre este assunto expressô Corbalân: le hizo Don Francisco, y lucrasse dicho Don Francisco en sus negociados al mismo tiempo que con los frutos de la Viña.

¶ 123. Esta Objepcion contiene tres fines, con el arte que se dispuso, en el modo de acomodarla: el primero, que tratandose de corromper al dicho Escrivano (su Amigo intimo) para el delito de vna falsedad, siendo esta de dificultosa probança, y que esta pretension no se-

po-

podia hazer en publico, si en secreto; que se creyesse sobre este particular à lo que su Amigo Don Joseph Corbalàn expressase D. Joseph Bastante, y demàs sus parciales añidiessen, y no à mas justificacion. el segundo hazer creer, que los gravamenes, no son ciertos, si solo figurados à este fin: y el tercero, exclamar sobre que ha estado despojado de su Viña, y Don Francisco de Cardenas, gozando sus frutos, y mas logrando crecidos interesses en sus negociaciones, por ser fantastico el deposito: A quien no moveràn tan aparentes fundamentos! Para dexar inhabilitado el derecho de D. Francisco de Cardenas, y destruir quanto emos ponderado.

RESPONSIO.

¶ 124. *Huic Objeptioni*: Respondemos, que naide se podrà persuadir, ni creer, que aya quien para enmendar su delito le atribuia, á otro la culpa para estender la acusacion contra èl; á los quales se les podrà responder lo que preguntaba â Puleyo (150.) empero nosotros pàra defender à Don Francisco de tan injusta, è indecorosa impostura no nos baldrèmos de otros medios, que la justicia, sin que nos sirva de asilo en nuestra defensa el disfraz engañoso de la propia vengança, como expressò el Casiodoro (151.) porque fuera

(150.) *Apuleyo in apologia: ibi: quis credat ofitij potuisse vt quæ commendatio acque eruditio foret eadem damnatio ac refutatio exsisteret? Est Hercule incredibile!*

(151.) *Casiodoro lib.4. Epistola 27. ibi: O exsacrabilem casum! Impugnabi hominem auxilium suum in solatij prosperitate subitrata ex defentione necessitas: Eneo Robert. lib. 1. rerum iudicat cap.4. vbi plura.*

Idem Casiodoro lib. 4. variarum Epistola 10 ibi: fedum est inter iura publica pribatis odijs licentium dare

ra injusto que se introduxesse la hyprocrecia del zelo en la defensa, haziendola esta, alto pretexto para el odio, cayendo nosotros en la misma culpa que adolecen, los que se la acomulan al dicho Don Francisco, y que con elegantes palabras exsernó Adriano Pulbeo (152.) en terminos de oficiales.

¶ 125. La prueba de esta Objepcion, es la declaracion de D. Joseph Manuel Corbalán (153.) deeste hecho, que refiere Corbalán, no ay mas testigo, que se hallase presente, á lo que èl refiere; y para coadiubar esta deposicion, se dispuso otra en distinto tiempo, lugar, y acto, para vèr si se podia acomodar este sucesso: para lo qual se valiò D. Salvador Gallegos, de su intimo Amigo, q̃ le llama Cõpadre D. Joseph Bastante, Regidor de esta Ciudad, quien en la septima pregunta del dicho interrogatorio, presentado por Gallegos, porque se atienda con cuydado el modo, se expressar â la letra como la antecedente (154.) quisieron quoadiubar este assunto, para lo qual presentaron tres testigos de oidas al dicho Corbalàn, que el vno es Fray Ambrosio Lopez, Religioso Victorio, y el dicho Don Andrès Cotrina, y à Blàs de Arenas; y este vltimo refiere, que despues de començado este pleyto, le oyó decir este testigo al dicho Corbalàn, que êl tenia la culpa que se traxesse, como se

(152.)
Adriano Pulveo in tractatu de privilegij advocatorũ: ibi: incidiæ sunt oculitoresq̃ laten insimulatiane oficij.

(153.)
Probança de D. Salvador Gallegos: Don Ioseph Corbalàn à la 7. pregũta, sobre este particular: ibi: q̃ aviendole entregado el borrador de la Escriptura para que la pusiese en limpio; le dixo, que aunque tenia la fee de paga en el borrador, tambien se avia de contener en la Escriptura; á q̃ el testigo le respondiò al dicho D. *Francisco, q̃ al tiẽpo del otorgamiẽto se avia de poner en tabla, y contar el dinero, de q̃ avia de dar fee de paga, porq̃ de otra forma aunque le dieran mas oro, q̃ cabia en la Plaza no lo haria: à q̃ le replico D. Francisco, q̃ el haria pagarees del dinero, â favor de Gallegos equivalẽtes, con lo qual cũplia el testigo cõ su obligacion: à que le replicò el testigo, diziendole: no sabia lo q̃ se pedia, y que no haria semejantes instrumentos, con lo qual se apartò, displicente, diziendo: iva â vêr â* D. *Salvador, y despues bolviò, diziendo al testigo, q̃ estava en possession de la Viña, y q̃ respecto de no aver querido el dicho* D. *Salvador, cõdescender con su propuesta, él dispõdria de forma, q̃ en todo el año de 727. no se juntase con su dinero, y que lo q̃ no avia querido hazer por grado, lo haria por fuerça.*

(154.)
Probança de Gallegos: D. *Ioseph Bastante: 7. pregũta, dize: que passò en casa de* Gallegos *(no expressa el dia) y oyò à Cardenas, y Gallegos, que altercaban, diziendo: que se avia de hazer lo que vno, y otro dixessen: y* presumiendo el testigo, hablaban sobre Viña vendida, y qúe estaba yá en borrador la Escriptura, dixo el testigo, *hablando con* D. *Francisco de Car-*

se traia al dicho Don Salvador Gallegos, por no aver querido hazer la Escriptura con fee de entrega del dinero, sin estar presente. que era lo que pretendia Don Francisco de Cardenas, respecto de ser injusta su pretension; sin que sobre este assunto ayga otro testigo en la Probança de Gallegos, que refiera cosa alguna.

¶. 126. El assunto es, atribuirle â Don Francisco, que hablô à Corbalân, para que supusiesse en la Escriptura la fee de entrega, que tal no avia de aver, y que Corbalàn, se escusò de cometer este delito de falsedad; y que por esta causa expressô el Don Francisco, que solicitaria medios, â fin de tomar tiempo; lo qual tiene dos fines: el primero, el de la falsedad, y el segundo, el de la amenaza, por no aver querido condecender. Esto es à la letra el cargo, y que no sea de tan corta substancia, como el de pretender corromper al Ministro de Justicia, para que cometiesse vna falsedad, cuya pena es igual, que la que comete el mismo Ministro de Justicia, si se dexa corromper (155.) y la razon entre otras muchas, es, porque el Notario, al tiempo que entra à exercer el Oficio, jura exercerlo fielmente, cuyo juramento es individuo (156.) *igitur:* aunque Don Joseph Corbalàn, aya supuesto la que consta de su declaracion, para que cometiesse vna falsedad (demàs de que ella no cōsta)

Cardenas: Compadre, yà le he dicho à vsted, que no se ha de dexar de hazer lo que fuere posible en su alivio: y assi, si faltare algun dinero D. Salvador Gallegos, esperarà por vnos dias: *à lo que dicho D. Salvador respondiô, no quiere el señor esso, sino q̄ se haga la Escriptura? sin que corra el dinero, porque dize, lo tiene empleado:* y que me darà algo de contado, y no quiere decir quanto, y sobre esto estabamos altercando. *Y entonçes se levantò dicho D. Francisco, diziendo:* Esso no lo he de hazer Yó, y se fuè sin detenerse; *y despues de oidas al Corbalàn, refiere lo mismo q̄ vá expressado.*

(155.)
Ita D. Lorenço Matheu de Recriminali controv. 76. n. 46. Farinatio qq. 111. artic. 7. n. 98. lex 16. tit. 22. part. 3.

(156.)
Ita Farinatio in suos framēt. Pars. 2. litera. y n. 374. V. quia cilicet) ibi: quiá silicet fides, & probitas notarij, & qui individuum ao presertin quia notarius, in ingressu oficij iurat fideliter exercere quod iuramentum pariter individuum est.

ta) no es presumible se creá esta acersion, á vista de que siendo el Corbalán, tan estrecho Amigo de Gallegos, y aviendose de arreglar al borrador, el original, cometiesse vna falsedad el Escrivano, en lo principal, mediando Don Salvador Gallegos, persona tan sagaz, ê inteligente, y tan versado en negocios (como lo deponen 23. testigos de la Probança de Cardenas) que sin su consentimiento lo suplisse el Escrivano, como si esto estuviera solo en su mano, y no en la de Gallegos.

¶ 127. *Rursus*: porque no aviendo mas prueba, que es la acersion de este Escrivano, en la qual no solo trata de indemnisarse en su fidelidad, y legalidad, si del perjuyzio del tercero, en cuyos terminos siendo como es atextacion propia, en su defensa, y mayor assunto de su honor, y fidelidad, y legalidad, como lo dize el mismo: ibi: *Que aunque le dierã mas oro que cabia en la Plaza no cometeria, ni haria semejante instrumento* (siendo assi, que el Don Francisco, segun su declaracion misma de Corbalân, no le ofreciô cosa alguna) que es en el caso que no se le debe dar fee, ni credito alguno (157.) y esto es en terminos de instrumento otorgado, como vn testamento en que diô fee, como la dan todos los Escrivanos, de que estàn los que los otorgan en su sano juyzio, que es el caso, q̃ refiere el señor Don

(157.)
Ita Iason in leg. sanũ Cod. de trãsationib. Dom. Castillo tom. 4. *cap.* 28. *n.* 41. *℣. & pro hac parte: ibi: & pro hac parte; tria fundamenta, rescitat, Iason in dicta leg. sanum Cod. de transationibus, & illiud precipue, quia cum agatur de honore, & vituperio eisdem notarijs*: dicitur, atextatio in facto propio, vnde ei non creditur.

Sequitur Rodericus Suares Aleg. 1. *n.*8. *Sceze Descis. de Aragon*; *Descis.* 56. *n.*22. & 23. *℣. Maxime.*

Don Iuan del Caſtillo (158.) empero en la declaracion de eſte teſtigo, que el motivo que expreſſa, que es, que en el borrador conſtava la fee de paga, y que como tal ſe avia de contener en limpio, donde no aviendo llegado el caſo de otorgar la Eſcriptura; y el Eſcrivano rompió el borrador, que era el que avia de manifeſtar eſta realidad, clauſulas añadidas, é intermediadas, de quien eran, y quien las avia pueſto; que el averlo raſgado, fuè porque no ſe huvieſſe en conocimiento de la verdad, como dize la vulgaridad, hombre muerto no habla: Eſcriptura rota, ó mejor deſſaparecido el borrador, dize el Eſcrivano: y Gallegos ſe eſtará à lo que ellos quiſieren ſuponer â ſu advitrio, que es en lo que fundan todo ſu derecho.

¶ 128. La calidad de eſte teſtigo, demás de ſerlo en hecho propio de donde iba à reſultar à ſu favor honor, tiene la circunſtancia, de ſer ſingular, con la qual ſe vâ à probar vna confeſſion extrajudicial al dicho Don Franciſco, donde à lo menos es neceſſario dos teſtigos de vn miſmo lugar, y acto; y lo miſmo es el dicho de vno, que de ninguno: aſſi ſe previene por las Sagradas Letras (159.) y aunque fueſſe en favor de cauſa pia eſta depoſiciō, tampoco haze fee, ni prueba coſa alguna. (160.)

¶ 129. Que ſea teſtigo vnico,

(158.)

Dom. D. Iuan de el Caſtillo ibidē n. 41. ℣. quia.

(159.)

Deuteronomio cap. 19. & 15. ibi: non eſtabit teſtis vnus contra aliquem, quid quid illud pecati, & facinoris fuerit; ſed in ore duorū vel trium eſtabit omne verbum: cap. licet vniverſis: cap. vniens: cap. iure iurando: cap. in omne negotio; extra de teſtibus lex iuſiurandi Cod. eodem: Farinatio de teſtibus qq. 63. cap. 1. n. 1. & 2. & 3.

(160.)

Idem Farinatio ampliation. n. 14. vt nec vnus teſtis probet plene favore pię cauſę.

co, y singular el dicho Corbalàn, del referido acto, que le supone al dicho Cardenas, se manifiesta del mismo, porque en êl no huvo otro algun testigo; y lo que han depuesto son de oydas al mismo Corbalán, que todo se reputan por vno mismo; y assi se llama testigo singular aquel que solo depone del acto como tal, como lo expresò el Farinacio (161.) *sed sic est*, que del referido acto, tiempo, y lugar, no ay otro que deponga lo referido *: igitur :* testigo singular *: ac per consequens* : no merece fee.

(161.) *Farinatio de textibus qq.64.n.28. ibi : tertia sit conclusio quod ille propia dicitur textis singularis qui in sua depositione contextem non habet : & sic quando quis deponit de ao:* quod ipse vnicus, & solus scit, & alius nescit velsiscit non æodem modo, *deponit: tunc propria dicitur textis singularis.*

¶ 130. *Rursus*: No se podrâ coadiubar de la declaracion de Don Joseph Bastante Pizarro, porque este es tambien singular, de distincto acto, tiempo, y lugar; y áquien le oyò dezir: q̃ Don Francisco, pretendia se le aguardasse por el dinero; no fué al dicho Don Francisco, antes sì dize lo contrario, que aviendole ofrecido el mismo Don Joseph, voluntariamente el empeñarse; y ofrecido, que Don Salvador le esperaria, q̃ es à lo que supuso Don Salvador, avia ido el dicho Don Francisco; y que el mismo Don Salvador, le avia franqueado, que el mismo Don Francisco: *se levantô diziẽdo: esso no lo he de hazer Yò? y se fué.* Prueba de que ni lo pidió que lo esperassen, ni tal oyò al dicho Don Francisco, el dicho Don Joseph Bastante, sino es al Don Salvador, de forma, que aunque supusiera D. Joseph

ſeph, que la eſpera ſe la avia oydo al dicho Don Franciſco, todavia no ay dos ſemiplenas Probanças, para hazer vna plena, y vnirla; como expresſó el *Maſcardo: el Bertaſo: y Farinacio:* (162.) *igitur*: muchos menos quando conſta, que lo que oyò al dicho Don Franciſco, fuê lo contrario, que era el no pedir eſpera, y q̃ ſe levantò.

¶ 131. Nada prueba la temeridad, de deponer; como el modo para la ninguna fee: Don Joſeph Baſtante, no oyó la converſacion quando entrô: el dize, que preſumió lo que era; y él ſin pedirle nada D. Franciſco de Cardenas, le ofreciô conſeguiria con Don Salvador, lo miſmo que èl ſupuſo, que Don Franciſco le iba â pedir, y á empeñarſe: Don Salvador ſe lo franquea, conque expreſſaſe la cantidad; ſi Don Franciſco de Cardenas, no llebava otro empeño, y eſte ſin abochornarſe ſe lo franquean vnos, y otros; porquè razon ſe levanta diciendo: *Eſſo no le he de hazer Yô*; *y ſe và?* Si à Don Franciſco, no le pedian nada; que él, ſe ſuponen que iba empeñado á pedir; y aun franqueandole el empeño, ſe levanta, no admitiendolo; pues ſiendo teſtigos de diverſos actos ſingulares, que quieren q̃ ſirvan para vn miſmo fin, y cauſa, eſtando como eſtàn diverſos en las circunſtancias, en la razon, y en el modo en eſte caſo, como es lo princi-

(162.)

Maſcardo de probationibus concluſ. 379. n. 16. (t) dixi in ſimili ſupra n. 122. Mantica; in repetitione Verb. confeſio. fol. 735. col. 1. ỷ. 4. Bertazo conſ. 291. n. 15 Farinatio qq. 64. de textibus limitacion 2. n. 142. ỷ nam tunc: ibi: nam tunc non ſunt perfectę duæ ſemiplene probationes ideo ex illis non oritur vna plena probatio.

(163.)

Farinacio idem n. 148. ibi: hinc testes discordantes in Verbis vel in circunstantijs immodo narrãdo, & in n. 152 ibi: retenta prima opiniõne quæ videtur magis communis.

(164.)

Ibidem Farinacio n. 154. sublimita 2. ibi: eandem quintam limitacionem, vt nunquam testes singulares probent aliquid in genere, vbi agitur de probatione certi actus, certo tempore facti: & aliĵq congerit.

NOTA.

Probança de Gallegos: D. Ioseph Bastante, Pregunta 2. Don Iuan de Casamayor, en la segunda Pregunta dize lo contrario.

(165.)

Textus in leg. ay prætor §. si iudex ff debet reiudicata leg. 1. quasi pertotum titulum de sententijs: autẽtica siquis in aliquo documẽto Cod. de edendo: Mascardo de probationibus conclus. 924. à n. 1. Escobar de Puritatæ pars. 1. qq. 15. §. 1. signanter n. 21. & 22. Farinacio qq. 17. n. 8. ibi: referenti non creditur nisi de relacto cõstare: & in Decis. 110. n. 1.

cipal, ninguno merece fee, ni pruebau cosa alguna, como assegura el Farinacio (163.) y mas quando se iba à probar vn cierto acto. (164.)

¶ 132. Concurre, assimismo contra el dicho Don Joseph Bastante el defecto siguiente: que en su declaracion en la segunda pregunta; con el motivo de referir los empeños, que Don Salvador tenia, para que le comprassen esta Viña; y entre los que refiere es vno, que expressa, se hallô presente al tiempo q̃ Don Juan de Casamayor le hablò á Gallegos, para que en caso de no afectuarse la venta con el Conde de Buena Vista, se avia de preferir à la señora Doña Augustina Diaz, muger del señor Don Antonio Manço, Presidente de la Audiencia de Santa Fé, que entregaria en contado por estar: *el dinero en poder de Casamayor*: y examinado á Don Juan de Casamayor sobre este mismo assumpto dize: *experaba caudales, y se le veniã*, y no estuviesse vendida la Viña; la queria *comprar*, que es en el caso, que Don Joseph Bastante, no merece fee siempre que el relato á quien cita dize lo contrario. (165.)

¶ 133. Y como no se pueda dudar, que el que es convençido de mendax en vn particular se presume serlo en todos, porque como el motivo de el Juramento, es para que se diga la verdad pura, simple, y sencillamente, que es el fin principalissi-

ſimo de el examen de los teſtigos, (166.) y aſſi ſiempre que el teſtigo violó el juramento en alguna parte, ſiempre permanece la ſoſpecha en el todo del perjuro: como expreſsó el Farinacio (167.) y aunque deſpues lo huvieſſe enmendado, ó tenido penitencia de él, todavia no merece fee; y aunque ſea en las coſas intrinſecas, ò azeſſarias aſſi en las cauſas Civiles, como en las Criminales. (168.)

¶ 134. Tambien ſe cōprueba lo referido, de otro particular; pues expreſſa el dicho Don Joſeph, que Don Salvador Gallegos, que la venta ſe avia de hazer, *como ſi mediaſen eſtraños*, y que vendia de forma, que no avia de afiançar con mas hypotecas, que las con que avia comprado; y q̄ le avia reſpondido Cardenas, *que Don Salvador Compraria como él quiſieſſe*. Siendo aſſi, que la Contrata, dize lo contrario, como llebamos fundado.

¶ 135. Concurre tambien, que el miſmo Don Joſeph Baſtante, en la quarta pregunta, afirma; *que deſpues de aver venido de la Viña, y de averſe hecho, y practicado los aprecios, ſolicitó el dicho Don Franciſco ſe paſſaſe à perficionar la Contrata, y à eſte fin lo citaron la mañana del dia 31. de Agoſto, que fuè quando ſe hizo la Cōtrata*; y los aprecios ſe hizieron el dia 17. y 18. de Octubre: Eſte teſtigo expreſſa, que la Contrata, ſe ce-

(166.)

Cap. Pura. 3. qq 9. de textibus cap. teſtimonium eodem:

(167.)

Farinacio qq. 56. lib. 2 articulo 5. n 186. ꝟ. & eo quod ſemel violavit iuramento ſemper in eo remanet ſuſpitio per iurij.

(168.)

Ibidem Farinatio n. 187. cum multis; & in n. 192. & ſequentes.

NOTA.

Probança de Gallegos: D. Ioſeph Baſtante, Pregunta 2. en el final.

NOTA.

Probança de Gallegos: D Ioſeph Baſtante, Pregunta 4.

celebró despues de los aprecios; quādo de ella, y de la fecha de ellos, fuè despues prueba de q̃ esta misma verdad se observò en todo: pues basta para que no merezca fee el que sea en vno solo particular con mucha mayor razon, siendo en tantos repetido el defecto (169.) y la razon en que se fundan todos los DD. porque el juramento es indivisible, y por esta causa aviendose interpuesto en dicha declaracion; no se puede decir, que pueda subsistir en vna parte, y en otra, no porque fuera monstruoso, y irrisible si se admitiesse lo contrario.

(169.) *Idem Farinacio Ampliatione 4. n. 191 ut per iurus imparte seud in uno nec fidem faciat in aliquod & ratio cuius ampliationis est quia iuramentum super quod fundatur testimonium est indivisibile, & ipsum testimonium de vidi non potest. Ut pro parte valeat, & pro parte nom.*

¶ 136. Y estos mismos fundamentos, vrgen, contra el dicho Joseph Manuel Corbalán, contra quien passarèmos, à exponer otros fundamentos, que quoadiuban à disminuirlo de fee, por lo expressado en otra declaracion, que se hizo por el suso dicho en estos mismos que se expressaràn en los numeros siguientes.

¶ 137. Corroboràse mas; pues con el motivo de aver trasladado Pedro Garzès el papel del fol. 43. de la Pieza 1. que notó Don Pedro de Monte-mayor, que solo en quanto â la clausula vltima del saneamiento, la enmendo Garzès: y en lo demâs està vno mismo con el original, con el motivo de este traslado se ha examinado como testigo al dicho Joseph Corbalàn, y al Passante de Mō-

te-mayor: el Escrivano Corbalàn dize: q̄ luego que se lo entregô Garzes, y lo reconociò: *por la nota dèl, vino en conocimiento, que no era de D. Pedro de Monte-mayor, y que fuê, y se lo preguntô à este, quien assimismo lo dexò enterado de este mismo concepto.* D. Francisco de Leon, Passante de Mõte-mayor aviendo visto el traslado, y el original confessò, *que era distinto del que avia escrito, y notado el dicho Don Pedro.* Estos lo expressan absolutamente, el mismo Don Salvador Gallegos, en la declaracion al folio 31. confiessa, que el dicho papel de el fol. 43. es el mismo que copiô Garzès, del original, que dictô Mõte-mayor, *y que solo mudò la referida ultima*, clausula de el saneamiento: *y los dos papeles expressan esto mismo.*

¶ 138. El fin à que se dirigen estas deposiciones, parece que es à justificar, que el referido Garzés, es quien ha instado en este pleyto, y en su seguimiento, empero, de ellas mismas lo que se saca, es, la fee que merece todo quanto Joseph Manuel Corbalán huviesse declarado; pues hallandose convençido en este particular, assi por los mismos papeles, como por la declaracion del referido Don Salvador, se presume serlo en todo lo demàs que huviesse depuesto, por ser assi disposicion de derecho (170.) y aunque no sobre lo principal, si sobre otras cosas assesorias, ô extrinseeas, basta para que en el todo

(170.) *Textus in cap. Pura. 3. qq. 9. Farinatio de textibus lib. 2. tit. 6. qq. 56. Ampliation 4. n. 191 ibi: ut per iurus in parte seù in uno repelatur, nec fidē factiat in aliquod.*

do se desprecie, y se repruebe su deposicion (171.) y este les inavilita tanto, que en la tortura no purgan este Vicio; y aun es mas, que aunque con efecto se les dé, no hazen indicio para inquirir, ni para la prision; cuya opinion es la mas notoriamente seguida (172.) y aun en los delitos de Leza-Mãgestad, que se admiten testigos inabiles, el que se halla con este defecto, no se admite, en ninguno con mucha mayor razon en esta Civil (173.) cuya objepcion emos puesto al referido, en fuerça de la defensa de Don Francisco de Cardenas, y no con animo de injuriar al susodicho. ni à las demàs personas, que constan desta alegacion; pues solo lo hazemos en fuerça de la propia obligacion, en la defensa, y de que se nos es licito, y permitido, quando es necessario à la defensa de las partes, y en ello se les sigue vtilidad, como se le ha seguido, en demonstrar su justicia, para librarse de vna Calumnia en su propia defensa. (174.)

¶ 139. Y quando no se considere en la Classe antecedente; se havrà de incluir en la de falso; que en esta queda comprehendido el testigo, que dize lo contrario, q̃ consta del instrumento à quien se refiere, ó testigos que dizen lo contrario, que en qualesquier de ambos casos no hazen fee, ni prueban cosa alguna: en quanto al primer caso de ser referen-

(171.)
Ibidem Farinatio Amp. 5. ibi: etiã siquis probetur, per iurius non in principali dicto, sed circa accessoria, & extrinsica ad huc testimonium eius reprobetur.

(172.)
Ibidem Farinacio Amp. 6. n.193. per iuris defectus non purgetur per torturam, ita etiam si sine torti textes per iuris aduc non fatiam inditium neque ad inquisitionem, necque ad caupturam. Et alij pariter de communi opinione textantur.

(173.)
Ibidem Ampliat. 8. n. 196. ibi: neque in Crimine Leze Maiestatis per iuri testimonium admitatur, & ibi: in hoc enim Crimine habilitantur, textes in nabiles ratione persone non autem dispensatur, in abilitas ratione dicta.

(174.)
Textus in leg. quisquis vbi glos. in Verb. vtilitas Cod. de Postulando. Farinacio pars. 3. Criminal qq. 105. n.239. ℣. vbi: ibi: quod advocatus obicere convitia in alteram portem quantus possit vtilitas causa.

ren-

rente al instrumento, ó al dicho papel, es la prueba de derecho (175.) y en quanto á las deposiciones de otros (176.) *igitur*, constando de los dichos papeles, y de la declaracion de el dicho Don Salvador Gallegos, que son los mismos que dictò, y notò Don Pedro de Monte mayor; *ac per consequens*, en aver assegurado Joseph Corbalán, que era distinto del que avia notado el dicho Don Pedro constando de ellos lo contrario, ha salido convençido, y no merece fee su deposicion, assi en este particular, como en todos los demàs, que el susodicho ha supuesto, y mas con la Probança de Cardenas.

¶ 140. Con bastante rubor nuestro hemos expressado los referidos fundamentos antecedentes, porque nuestro animo no es sindicar, las operaciones agenas, empero, es nuestra obligacion sobradamente restricta, á no permitirsenos el dessamparo de nuestrosClientulos en sus defensas, hasta aqui el fin del primer particular de esta Objepcion.

¶ 141. El segundo se funda; enque dichos gravamenes son supuestos, á fin de tomar tiempo, en quãto de los mismos autos consta, que son ciertos; pues, estàn justificados: Y en este caso Don Salvador Gallegos, no ha querido tomar el precio de la Viña, immediatamente, que se practicò la Contrata, y ha sido culpa suya el no averlo pedido; pues sin

(175.)

Textus in leg. ai pretor ff de reiudicata leg. 1. quasi per totum titulum de sententijs: Aventica siquis in aliquo ducumento Cod de Edendo: Mascard. de probationibus conclus. n. 4. á n. 1. Scobar de Puritatæ p. ars. 1. qq. 15. §. 1. à n. 21. & 22. Farinatio qq. 17 à n. 8. ibi: refe renti non creditur, nisi de relato conste: idem dess. 10. n. 1.

(176.)

Ita Farinacio de textibus qq. 44. n. 8. infine: ibi: quia ad convinçendum textem de falso sufitium contraria depositiones aliorum textium.

NOTA.

Demâs de esto, ha probado Don Francisco de Cardenas, con 23. testigos, no aver tenido necesidad de buscar dinero, ni pedir esperas, y que si alguno huviesse expressado algo en contrario, avrá sido por odio, ò mala voluntad, por enemiga que le tengan al dicho D. Francisco, y no por otra causa, q̃ esto coadiuba los referidos fundamentos.

(177.)
Textus in leg. habitationum §. fin. ff. de pericul. & commod. rei vẽd. Ita Guzman de evictionib. qq 50. n. 2. ibi: quod quando imminet evictio in limine contractus. Tunc venditur non cogitur de evictione; sed tenetur, præstare fidei iussores. Prosigue sitando à otros; & in ℣. final ibi: cogi tamẽ potest vẽditor ad liberandam rem venditam.

NOTA.

Lo que consta solo por certificaciõ de Aduanas presentada en los autos, es, aver pagado de lo que ha traficado en diferentes generos por lo que mira à los Reales derechos, de ellos, desde el año de 725. hasta el de 726. 73U684. reales, q̃ desde 1. de Agosto de 26. hasta el dia 6. de Iulio de 728. en 23. partidas de arroz, manteca, y demàs bacalao, arenques, otros 96U47. reales, q̃ junto con los recibos pagados á las Comunidades importan 119U864. reales; q̃ fuera de los Reales derechos pagados à las Rentas Provinciales de Millones, y Cientos, y Rentas de Ciudad, que son distintos derechos, corresponden todos estos derechos á tres millones de reales con poca diferiencia lo q̃ ha comerciado el dicho Don Frãcisco, despues de el Deposito, y antes, sin cessar en su trafico.

sin embargo de dichos gravamenes, si Don Salvador Gallegos, huviera ofrecido fianças legas, llanas, y abonadas, ò para restituir la cantidad, ó para libertar la alaja vendida de ellos, y no aviendo querido vsar de estos recursos, que por derecho estàn prevenidos (177.) ha sido en culpa suya, y tambien huviera conseguido el dessengaño de que Don Francisco de Cardenas, no tenia necessidad de tomar tiempo para buscar el dinero, quando la misma cantidad tenia en su poder para entregarla en diversas especies de oro, y plata, ò vellón, la que fuesse mas aproposito, como lo comprueba la certificaciõ de Aduanas, en los grandes negociados que antes, y despues del deposito ha hecho sin aver cessado, y sin aver necessitado, ni hechole falta la cantidad depositada para continuarlas; pues passa demâs de *tres millones de reales con poca difiriencia lo que ha traficado en empleos.* Luego teniendo D. Salvador Gallegos, tan justificado fundamento entonçes para pedir su dinero, y no lo hizo; es visto se puede quejar de simismo, en no averlo intentado, y conseguido; y no calumniar à Don Francisco, que no ha hecho mas que vsar de sus derechos en sus defensas que aun ellas las hã practicado limitadamente, pues podia retener el precio de la Viña; luego que tuvo noticia de dichos pleytos, y demâs derechos, que le avian salido

â

à la Viña, al mismo tiempo que se trataba de perficionarla, y no lo hizo (178.) *vt antea retulimus: cuydado que expressa, que hecha, y perfecta la venta*; y no solo por el pleyto, q̃ huviesse salido, si tambien por todos los demâs que amenazaren debe afiançar, ò en el interin retener el precio el comprador.

¶ 142 Y aun el caso mas estrecho de aver expresso pacto en la venta, que el vendedor, no avia de quedar obligado à la eviccion, empero, ni à la restitucion del precio q̃ recibiu, y que en conformidad de este pacto el comprador, pagasse todo el valor de la Viña, y la Alaja fuesse evicta, que todavia no avia de aver derecho contra el vendedor, todavia, sin embargo de tan rigoroso pacto puede, el comprador, antes de pagar el precio (179.) retenerlo, y no pagarlo: y las circunstancias que lo motiban, es, el fundamento de derecho.

¶ 143. *Rursus*, dize D. Francisco, que si Don Salvador huviera ofrecido dichas fianças, ò caucion en forma, no está obligado el comprador, á la restitucion de los frutos, por razon de la Alaja, ô del precio retenido (180.) aunque Cagnol siguiò la contraria; y de ambas questiones puso en paz â las partes, la justa determinacion de su Magestad, y Señores de la Real Chanzilleria, q̃ mandaron depositar, el precio; y

 mas

(178.)

Ita Guzman de evictionibus qq. 50. signanter n.7 ibi: regula igitur est, quod facta venditione, *si moveatur emptori; lis in limine contractus, potest. Emptor retinere pretium donec sibi:* cabeatur pro illa lite, & pro omni alia. *Con vna Columna de AA. que cita.*

(179.)

Idem Guzman n. 8. ibi: ampliatur singulariter etiāsi fuit pactū fatū inter partes, scilicet inter emptor, & venditor. Quod venditor non teneatur de evictione, neque adpretij restitutionem; quia licet licet solvisset agere de evictione cita Alexandro: tamen isto casu antequam solverit, si imminet evictiô, potest retineri pretium, & non solvere, *qui sicuti favetur reo excipienti. non teneatur restituere, secundum conventa ita fabetur actori qui est reus in sua replicatione secundum comunem.*

(180.)

Prædictus Guzman n. 12. ampliatur in tātū quia nisi venditor oferat cautionem, non tenetur ad fructus emptor ratione rei, & pretio retentorum: aunque lo cōtrario sigue *Cagnolus*, fundado en la *ley Curavit Cod. de actionibus empti; n. 32. vbi dicit esse comunem.*

mas á vista de negirse à afiançar, ò dàr caucion Don Salvador Gallegos, por los gravamenes, que hasta entõçes se avia manifestado: *ac per consequens.* Sesa todo quanto Don Salvador; ha figurado, ô quiera figurar.

¶ 144. Y aunque Don Salvador, ha supuesto que Don Francisco de Cardenas, ha solicitado dichos gravamenes, á cuyo fin se ha expüesto dicha objepcion, para querer persuadir, que ha intervenido dolo, ó fraude, para retener Don Francisco, en sì el dinero; ò que ha pretendido, ô mas claro, que se mueban los pleytos que llevamos expressados, y que este fraude, ô dolo se puede probar por conjeturas, y presumpciones para acomodar algunos fundamentos, ò doctrinas q̃ lo expressaràn. (181.)

¶ 145. Y lo adelantará respecto de que Salvador de Palma, en tanto tiempo como fué despojado de la Viña, no lo ha intentado, hasta que Don Francisco de Cardenas, la compró; y mas quando tan pobre lo dexô desde que lo despojó de ella, como hasta de presente: y que assi es manifiesto, ô à lo menos presumible que Don Francisco, lo aya solicitado á que salga; y assi tiene acomodado su intento: que lo mismo sucede, *con Francisco Nuñez de Lara*, que es lo suficiente para que assi se presuma.

¶ 146. A esta tan acomodada Objepcion, se responde por el Don Fran-

(181.)

Idem Guzman qq. 2. n. 31. ibi: poterit venditor etiam allegare, quod emptor per dolum, & fraudem anthorem induxit ut litem ei moveret, ne pecuniam numeret: quã quidem fraudem probarit poterit conjecturis, iudicis arbitrio pensatis. Curs senior in leg. unica in fine Cod. de Prohibitionib. & eq. quest. pecunię Cabal. §. 2. n. 11. Petrus Surdus cons. 36. ṽ. fin. lib. 1. á n. 14.

NOTA.

Francisco Nuñez de Lara, puso el Pleyto en el Iuzgado de Poblacion, por Noviembre de 1726. y el dia 9. de Enero de 727. se començó este Pleyto.

Francisco, que no ay cosa mas notoria, que el miedo que à Don Salvador, le tienen todos concebido, no solo por la astucia sagacidad, è inteligencia en los Pleytos, si por la mucha mano, y authoridad, que siempre à tenido; è inmediatamente que le vieron vender la Viña, y que se hallaba en poder de Don Francisco de Cardenas, les pareció mas facil el pleyto con este: y assi inmediatamẽte los salieron poniendo.

¶ 147. Tambien consta, que Salvador de Palma, por el testamento, que està en los autos, el año de 24. mucho antes que se pensara en comprar esta Viña, por Don Francisco, por vna de sus clausulas, encargô à sus hijos, y herederos, siguiessen este derecho, y restitucion de la Viña de que injustamente le avia despojado el dicho Don Salvador: luego Salvador de Palma, siempre estuvo premeditando su derecho, y assi lo manifestô mucho antes en su testamento; *igitur:* movido por si solo, y no por otro: y mayormente quando antes de defender á D. Francisco de Cardenas, en este Pleyto, passó al Estudio de Don Joseph Gonzalez á que le defendiesse, y por justas causas, que para ello tuvo, sin vêr el Pleyto, lo despidiò, y le hizo tal cargo sobre la vaza, y fundamento de ser pobre, que por serlo Don Joseph se escusaba â contemplacion de Gallegos; que si su Pleyto lo perdia,

y,

NOTA.

Esta qualidad de inteligencia de Don Salvador Gallegos, está justificada en la Probança. D. Frãcisco de Cardenas en la 1. y 2. Pregunta de su interrogatorio: y la mucha mano, y authoridad que ha tenido en todos tiempos.

NOTA.

Aunque en la Real Carta Executoria se le reserva al dicho Salvador de Palma su derecho â salvo, no se expressa en la sentẽcia sea expecificamente por las vsuras paliadas: *empero, aunque sobre esto hemos padecido hequivocacion, ha sido porque Salvador de Palma, no avia justificado otra* excepcion, si la de las vsuras paliadas, que intervinierõ en dicho contrato; *y sobre esto pudo recaer. La reserba de dicha Real Carta Executoria, y no sobre otra cosa*; sobre lo qual veasse la declaracion, que pondrêmos al final de esta alegacion porque solo amamos la verdad.

y sus derechos, le hazia cargo para el Tribunal de Dios, causas porque admitió el vèr el dicho pleyto, solo para dessengañarlo: y aviendolo visto, y reconocido las nulidades, que vàn expressadas, y afirmandole que tenia testigos para justificar la dicha lecion, y aver visto el modo conque le despojaron de la Viña, y circunstancias de la Executoria, de la reserva, y que yà Don Salvador, se avia preparado, poniendo el pleyto, aunque con otros pretextos, en poder de su Amigo Corbalân, Escrivano, pidiendo la continuacion del pago, y que para ello se prendiesse á Palma, y à su hijo; no le temimos à las amenazas de los hombres, si al Rectissimo Tribunal de Dios, confiando dél nuestra defensa; y cumpliendo con la obligacion del juramento de defender los Pobres, como lo hemos practicado, y practicarèmos desconfiando de nra. insuficiencia, empero, no de la Justicia, que assiste â Palma; lo qual afirmaramos siempre cõ Juramento, para confusion de los q̃ fingen los sucessos, y los cuentan como verdades, mas para horrorizar, que para defenderse.

¶ 148. Hasta aqui hemos expressado la realidad del hecho; aora passamos à fundarla en lo mismo q̃ cõsta delos autos: ha practicado D. Salvador; pues aviendo manifestado en el Pleyto, los gravamenes que à Don Francisco, se le avian ocultado;

y las

y las perſonas que dezian tener intereſſe â dicha Viña; y que deſpues de fenecido eſte Pleyto, perſiguieſſen à Don Franciſco con otros, y experimentaſe repetidas vejaciones, auuque la venta no avia ſido en publica ſu ſubaſthacion, por la miſma razon de aver ſido pribada; y que tenia menos ſeguridades, y que dichos intereſſados tenian accion, y derecho ſiempre contra el que fueſſe poſſeedor, de la Alaia (182.) pidiò ſe les hizieſſe ſaber perſonalmente, ò para que quedaſſen excluidos, ô para que manifeſtaſſen ſu derecho, y en tiempo lo cobraſſen del valor de ella, y no del caudal del Don Franciſco; reconociendo eſto miſmo D. Salvador, como que es ſabidor de los gravamenes, ſe opuſo, é impidiò que no ſe llevaſſe á debido efecto, las citaciones que ſe avian mandado hazer; y luego pidió que ſe puſieſſen Edictos, ſe mandô aſſi, y ſe puſieron, y conſta de los autos. Y quando eſtos no tuvieran otra juſtificació baſtaba á conocer el fraude, dolo, y aſtucia del dicho Don Salvador; el averſe opueſto á dichas citaciones, y el aver pedido los *Edictos publicos*; teniendo perſonas ciertas à quien citar: *igitur*: Don Salvador Gallegos, ſabidor de la certeza de ellos, y de ſus derechos; pues impidiò *ſu citacion perſonal*; porque no manifeſtaſſen ſus derechos; y ſe valiò de el ſubterfugio maliciosſo de los *Edictos*, para q̃

(182.)
Textus in leg. pignoris Cod de pign. lex 1. Cod. de devitorem vendit pignori imped. Guzman de evietionibuss qq. 34. n. 45. ibi: nam ſubhaſtatio iudicialis nec conventio creditorum poterit pręiudicare creditori in ſua hipoteca, cum eadetur contraqua cunque poſſeſſorem nec poterit fieridetèrius ius creditoris; vel etiam dici convenit quod ſi res vendatur publice authoritate iuditiali pro clama iudiciale non tolit ius creditoris quia quando aliqui nominatin preiudicatur, tũc eſt neceſſaria ſpecialis citatio. Cum aliisqua congerit.

estos les perjudicassen: quando el mismo, que tanto publica, que son inciertos, y fallos, y que no tienen derecho, era el que lo avia de solicitar, el que se *emplazen personalmente*, para que el comprador quedasse libre de todas formas, y èl exsonerado sus bienes, y sus herederos de los recursos de eviccion (183.) pues passado el termino, se les impone perpetuo silencio (184.) y solo pudiera tener lugar, quãdo huviesse Acrehedores ignorados: empero, no quãdo son ciertos, y expressamente manifestados (185.) y assi el *Guzman* manifiesta, se debe practicar, y lo ha visto assi determinado: y aconseja se debe observar, y oy con mucha razon, quando en virtud de Real Provision, se ha mandado hazer saber â todos; que en este Tribunal en su vista se ha limitado dicha citacion con algunos; y hemos expressado los fundamentos con bastante rubor nuestro, mas para confucion de nuestra ignorancia, y que los que han dado con tanto estudio, reglas ciertas con tantos fundamentos, para enseñarnos, sirvan estos oy para confundirnos; que solo basten de gasto para las Prenças; empero, nò para destruir la malicia.

¶ 149. Esto ha sido solo manifestar la obligacion de Don Salvador, fundando, ó probando lo mismo que â Don Francisco, le quiere re acomular: y pues hemos fundado el

(183.)

Ibidem Guzman qq. 34 n 47. vbi: dicit, quod non suficit citatio generalis per pro clamata vbi persona cuius inter est, certa est citari debet in especie, & nominatim.

(184.)

Ibidem n. 48. ibi: vt creditores compareant, inter mina quod elapso non audiantur.

(185.)

Ibidem n. 49. V. secus ibi: secus quando creditor est certus; quia tunc non debet fieri citatio per proclama, & citatio in personam creditoris est facienda, quia venditio rei non pre iudicat creditori, in sua hipoteca. Quam distintione velle amplector. Y prosigue estos fundamentos con el principal á que los trae, q̃ no son de este assunto. *Et in n. 54. & confitetur, co tidie iudicatum sevise hæc tamen semper observa quia fortasis non facile reperies.*

el dolo, que contiene la Contrata, cometido por Don Salvador, aunque Don Francisco de Cardenas, huviese solicitado los gravamenes, ó hecho pacto con el Acrehedor, ó Acrehedores, â q̃ pusiessen Pleyto á la Alaja, ó al dicho Don Salvador, aun con el nombre expresso de collucion, todavia se llama buena collucion, para que el Acrehedor, recupere lo que es suyo, y el comprador, no quede expuesto al daño: y por este medio consiga el recurso de eviccion (186.)

¶ 150. *Rursus*; por que nò se podrá llamar dolo; ni averlo cometido, el que destruye el fraude ageno, como expressamente lo diside el derecho (187.) pues es justo, que procure el comprador no dexarse engañar, y que el vendedor no consiga lucro de su malicia, lo qual puede hacer licitamente, â fin de remediar su propio daño; como lo assegura el Guzman, cõ graves, y doctos fundamentos. (188.) Luego si Don Francisco de Cardenas, licitamente ha podido hazer lo referido, y no lo ha hecho; ni para retener el precio, ni para pedir, seguro, ni fianças, q̃ fuera justo las huviera pedido al principio, que no hizo hasta despues de depositado el dinero, y que han podido concebir algo de la Contrata, y malicia conque se premeditô: *ac per consequens*: mas bien se lo podrá motejar à Don Francisco de omiso en sus defensas, que de solicitador,

(186.)

Ità predictus Guzman de evictionibus qq. 2. signanter n.32. ibi: restringe tamem si emptor sciat rem esse alienam, non eiusque illam vendidit; quia tunc potest facere collutionem (si talis dici sic potest) cum Domino procurando vt rem sibi: evincat, aliquem nomine eius petitorem submitendo vt su cumbat; & tamen habet actionem cõtra venditorem: textus notabilis-qui docet hac bonam collutionẽ, vt Dñus. rem suã habeat, & emptor non remaneat, in damno sed habeat actionem de evictione.

Textus in leg. atqui natura §. si cum nec absente ff. de negotijs gest, vbi: Bald. n. 1. & 4.

(187.)

Textus in leg. cũ pater 79. §. titio infin ff. delegatis 2. ibi: dolo non videtur fecisse qui fraudem alterius excludit Fransic. Molina de vituptiarum lib. 2. Diferent. 11. n. 24. & predictus Guzmã n. 33. ibi: nõ videtur dolũ cõmitere quod si prossici nà cauptus nõ dicitur dolosus qui per dolũ, dolũ resistit.

(188)

Idem Guzman n. 33. ℣. quod id fieris potest iusti lucri causa consequẽdi, vel ne sibi lucrum auferatur & quod talis summissio licitè fieri potest. Vt firmat Berthasol. cons. n. 41. Hieronimo de Leon, Descis. Valentia 47. n. 20. Ancarran. lib. 3. qq. famil. 34. n. 8.

dor, de agenos dessagravios.

¶ 151. Que luego que se manifestaron los gravamenes debiò afiançar Don Salvador, assi por aquellos, como por todos los demâs que se presumieran salir; pues si assi no fuera, quedaria frustatoria la disposicion del derecho, y no obraria cosa alguna, tan justificada decision (189.) Y para este fundamento, no se requiere que aya intervenido dolo, ni de tal se haze mension para q̃ recayga esta precissa obligacion en el vendedor.

¶ 152. Y siendo como son ciertos todos los referidos fundamentos, la Objepcion puesta, ha sido injusta, y solo á fin de suponer, como de hecho ha supuesto nuevamente en la Sala: que el deposito ha sido simulado, y que por esta causa, y q̃ no se venga en conocimiento de esta simulacion, se ha pretendido dilatar este Pleyto, por Don Francisco de Cardenas: Si el deposito, que ha hecho Don Francisco de Cardenas, no huviera sido tan solemnemente practicado con la presencia de la Justicia: numeracion de el dinero, fee de entraga en las arcas; tres llaves, todas diligencias practicadas con la mayor justificacion, y en autos judiciales, que todos se practicaron con citacion de Don Salvador Gallegos; como la cuenta para las cantidades que se avian de depositar: todo esto haze que sea notorio el deposi-

si-

(189.)

Textus in leg. final §. final ff. de resind. vindit, ibi Bartha. Bald. Paul. de Castro: Salicet. Rom. Gratus Caballin. in Rota Romana: Decis. 281. pars. 1. n. 36, Franchis Decus, Decis. 555. n. 4. Surd. consejo 36. n. 14. & Decis. 295. n. 8. & 9. & prædictus Guzmã in n. 33. ṽ. cũ verum sit ibi: cum verum sit quod in imminente evictione per litis motione inatertio, venditor tenetur fidei iusorem prestare oritur Dubiũ anad versus tantum motorem litis, vel adversus quem libet alium, & sic generaliter teneatur illum préstare? A lo qual responde afirmativamente con el Texto ã la *Ley, Si pos perfectam, n. 35. y 36. ibi: quæ lex cum generaliter loquantur generaliter debet intẽligi: lex. 1. §. generaliter de leg. prestand esset quæ illius legis probitio frustratoria si non teneretur venditor adversus quem libet prò. èvictione, fidei iubere. Et lex nichil operatur frustra; & alijque textatur de communi opinione.*

sito, como los dichos autos en que se practicò, y este modo de proceder, se llama notorio de derecho (189.) y este no es licito â ninguna de las partes estando hecho de horden del Principe, que lo consintieron el suponer es simulado; ò dudarlo, en perjuycio de tanta authoridad; del justo, y arreglado preceder: y fue que intervino del Escrivano; pues en averlo assi manifestado sirve solo para dessacreditar, la buena fee de D. Francisco de Cardenas, y házer creer los fingidos pretextos, que llevamos expressados, y no à otro fin.

¶ 133. Si Don Francisco de Cardenas, pusiera en duda el deposito del censo del Mayorazgo del Jurado Francisco Ximenes, que oy possee Don Joseph Zarco, hecho en Don Juan Gutierrez de España, de voluntad de la contraria, que este se constituyó por depositario; y sin embargo de la contradicion, que hizo Don Pedro de Castro y Aguila, Posseedor de este Mayorazgon; lo reclamó, por no haberse hecho en Antequera, en conformidad de las Clausulas de la Fundacion del dicho censo; despues áviendo comprado vnas tierras en Antequera para el dicho Mayorazgo, hizo consignacion de este deposito: se despachò Requisitoria por la Justicia de Antequera, para que se entregasse, y aunque aqui se dió el cumplimiento, y se mandô entregar el dinero (desde

(189.) *Textus in leg. fin. Cod. de reiudicata: ibi: acta iuditialia induunt notorietatem. cap. ex insinuatione extra de appellationib cap. cum olim de verborum significatione. Mascard. de Probationib. conclus. 1101. n. 13. & 14. ibi: in causa acta factium rem notoriã cui acta scire presunmautur.*

aqui ay folios enmendados) no se le hizo saber al Depositario, ni se le entregó, que no podia dessear mas Don Salvador Gallegos, q̃ era aver salido del Pleyto: se avia de hazer el deposito en Antequera, ò en Malaga: despues consta que Don Juan Gutierres de España, dà pedimento el año de 1727. diziendo: que es tal Depositario; que hà muerto el referido Posseedor, que no quiere tenerlo en su poder, que se le haga saber al dicho Don Joseph, nuevo Posseedor; y para ello se despachasse Requisitoria; se mandò assi; pero no se executó: esto es como dize la Vulgaridad, *amagar, y no dar*. Si à este le llamara Don Francisco de Cardenas, Deposito fingido, y simulado, por ser extrajudicial, convenido entre personas de estrecha amistad; y que es de menos eficacia, que el referido Judicial; como está dispuesto por derecho (190.) que dixera Don Salvador Gallegos? Y mas quando: estos segundos actos de no entregar el dinero manifiestan los precedentes (191.) de ser simulado el deposito, â fin de que con el pretexto dèl, no pagar reditos à el Mayorazgo, para que si piden el principal, por ser de Mayorazgo, no se le entregue al Posseedor; sino lo pide con el motivo, si ha de ser en Malaga, ó en Antequera: se trampea el tiempo: poco escrupulo de el cargo de restitucion; pues no haze li-

(190.)
Textus in leg. Pacta nobißima Cod. de Pacti: ibi: actus initialij potentior est extra iuditiali.

(191.)
Textus in leg. sibiqui Cod. de adulteris §. Pabonum: Surd. Decis. 326 n. 85. ibi: actus qui sequitur intentionem præsedentem declarat Gratiam Dicertationem forentiũ cap. 58. n. 25. ibi: secundum actum à primo recipere declarationem, & actus semper in executione tractatus præcedentis factus presumitur: Mascard. de Probationib. conclus. 619. n. 2. & aliĳ.

licito lo que se figura; si lo, que con recta intension, y justificacion se practica (192.) y si por las dichas demonstraciones se manifiesta el animo, è intension del dicho Don Salvador; luego el executado deposito, por Don Francisco de Cardenas, en virtud de orden del Principe, y practicado con la intervençion del Superior, se tiene por pleno acto justificado (193.) y es de tal calidad, q̃ escusa de la pena, que sin dicho permisso, ò licencia se incurria; y esta authoridad, que interviene haze licito, aunque de su naturaleza no lo sea (194.) *ac per consequens*: D. Frãcisco de Cardenas, con solo aver hecho el deposito, que tan plenamente està justificado, no solo ha manifestado la buena fee de su obrar, y el dolo conque se ha portado Gallegos, en la suposicion de aver manifestado al Principe, que fuè simulado contra la realidad, que consta de los autos; si tambien con solo averlo hecho, se ha escusado de la pena convencional de la Contrata, y ha hecho licita la contradicion, aunque no estubieran justificados los gravamenes.

¶ 154. Supuesto que hemos desvanecido los tres fundamentos cō que se figurò esta Objepcion, ò à lo que se terminaban; podrèmos decir yà con *David*: *Delexisti malitiam super benignitatem, iniquitatis magis quam loqui equitatem idet est propie mēdatium.* Luego propiamente hemos cum-

(192)

Textus in leg. siquis nec causam in principio: ibi: actus semper iudicatur à principali intentione agentium: Tiraqq. de Retractu signagier, §. 30. Glos. 1. n. 4. Dom. Praes. Cobarrub. lib. 2. variarū cap. 4. n. 5. & Antonius Gom. tom. 2. cap. 2. à n. 10. ibi: qualitas enim actus agentis intentionem demonstat: lex non codicillum Cod. de est, ment. & qualitas est actus talis presumitur animus: leg. si non convitij. Cod de injurijs trat.

(193.)

Actus omnis propter scientiam & patientiam superiorum iustificatur leg. qui si fugitibus §. ego puto ff. de edelitio Edicto cap. Nisi essent de Prebendis: Gonzalez ad Regulam 8. Cancell. Glos. 9. §. 2. n. 88. ibi: authoritas superioris excusa à pena.

(194.)

Marc. Ant. Macerat variarum lib. 3. resol. 19. n. 4. ibi: & facit licitum quod alias est ilicitum: Farinacio qq. 97. n. 1. & sequētes.

cumplido con lo que ofrecimos probar en este Afferto, y ser la dicha Contrata, dictada mas de la milicia, que de otro fundamento alguno, para dolosa mente empeñar à D. Francisco de Cardenas, como les pudiera servir de Glossa la sentencia de *Platon* (195.) quando dixo: Que si à las Republicas, y à los Principes, la verdad les và adelante, nunca les irà siguiendo el vil tropel de los vicios. Los Romanos Antiguos condenaron à *Marcio*, y *Atilio*, aunque avian hecho el negocio de la Republica, porque avia sido, mitiendo al *Rey de Macedonia*: de *Trajano*, celebra *Plinio*, que lo que queria, queria. Y sabian todos en que le podian ofender, y en que nó; porque lo que salia à la voca, era lo que ençerraba el corazon (196.) abominando como de la infidelidad del mas falso, de la falsa blandura, y riza mentirosa (que oy se vsa) en que algunos cubren con serenidades del Cielo, las malignas fraudes del Infierno. Los *Persas*, no eran tan barbaros, que no entēdiessen de la politica verdadera, lo primero en que instruian por *Ayos*, àla Juventud mas illustre, era en aborrecer, y concebir vilmente de la mentira (197.) y preciarse de la verdad, de à donde salio la *Ley de Artaxerxes; que mandaba traspassar con tres afiladas puntas la lengua, del mentiroso*; por aver ofendido tres eminentes cosas; *la naturaleza, la razon, y la fee.*

¶ 155.

(195.)
Ita Platon lib. 6. de Reipubl. ibi: preeunte veritate numquam corus vitiorum subsecurus est.

(196.)
Plinio in Panegyric. Trajani: ibi: tam infidum mare quam blanditia principum illorum, quibus quāta levitas, tanta frauz: vt facilius asse iratos quam propitios haberet.

(197.)
Ita Plutarc. in Alcibiade.

¶ 155. Y assi bien podrèmos assegurar, no ay monedero falso tan dañoso al bien comun como el que miente, quanto es peor falsificar las palabras que el dinero; pues como castigandose à los monederos como Reos de Leza Magestad? Avrâ dessahogo para llamar Arte Real, el falsificar las palabras contra la buena fee del publico, aunque fuesse para redimir su estado: Pues si tanto se zela el castigo de quien en el Oro engaña? Como no se clama contra la lengua quebrantadora a la razon, y à la fee, que infama la verdad, y la vleraja? Què fuera de nuestra vida dize el *Gran Chrisostomo* (198.) si mutuamente se mintiessen los miembros de nuestro Cuerpo? Obligados estamos á dexar la mentira, y á decirnos la verdad, sino querèmos experimentar el daño, que no lo puede ser de vna parte, sin que resulte en el todo de la otra; lugares todos propios, que hablan con quien dictó la Contrata.

¶ 156. Con cuyos fundamentos nos ha parecido aver probado el dicho Azerto; y que se le debe dar por libre de la obligacion en el todo de la dicha Contrata, pena convençional, y demâs, declarando aver incurrido en ella, solo el dicho Don Salvador, condenarle en los daños que le ha causado al dicho Don Francisco, y en las costas, que le ha originado; el fraude de dicha Con-

(198.)
Divus Chrisostumus Homilia 13 in Epistola ad Epsus. ibi: quid si membrum dicere falsum? Vt oculus manui, prunas esse flores: aut pedi scorpione in esse formicã pal[illegible]*to, cibus est venenum; aut venenum cibus. Depenentes mẽdatium loqui mini veritatem, vnisquisque cum proximo suo quoniam estis in vicem membra. Et Divus Paulus cap. 4. n. 25.*

trata, ô en caso que ayga de subsistir, que ayga de afiançar el dicho Don Salvador, el todo del valor de la Viña, que està depositada, y debe percebir justamente: *ut antea retulimus*: para que experimente justamente (Don Salvador) yá que tan poco miedo tienen al rigor del castigo, cō que amenaza el poderoso brazo de Dios, quien le tiene para poderlo cumplir, empeñandose à destruir á quien oculta la verdad, como se expressa en los *Proberrvios* (199.) con lo que concluimos este Azerto.

(199.) *Prorverb. 19. ibi: qui loquitur mendatium peribit.*

AZERTO SEGUNDO,

En que se fundarà, y probará, que en caso de que dicha Contrata, no huviera insidido en dolo, fraude, ò engaño siendo, como fuè condicional, expressa, que le avia de otorgar Escriptura para mayor seguridad del contrato, no aviendose otorgado esta, por el defecto de los gravamenes que se ocultaron â lugar la penitencia del contrato: y que por el consiguiente ha quedado la Contrata como sino se huviesse hecho.

¶ 157. Para fundar este Azerto, es necessario expressar la condicion en que se funda, puesta en la Contrata; que es la siguiente: *ibi*: *Y los dichos aprecios se han de ir á hazer quanto antes el dia que con acuerdo de los dos se señalare; è inmediatamente, que estén hechos, se ha de otorgar la Escrip-*

cripcura con todas las claufulas, y requisitos, y firmezas en derecho prevenidas para su mayor seguridad, y validacion. Otra clausula ay condicional, que es muy propia de este Azerto (200.)

¶ 158. Hemos expressado el fundamento de este Azerto, con lo literal de la Contrata, en que se funda; y siguiendo el consejo del Señor San Ambrosio (201.) está bien, dize el Santo, que se procure llegar á lo summo de la Gloria, y honrrada celebridad de la Fama; pero no sea con alas manchadas de injusticias, y engaños, sea con los vuelos de las buenas Artes, rectitud en los medios, y noble equidad en el fin. Que no son decentes, ni seguras gradas para vn Throno Real, la doblez, el dolo, ni la impiedad. Por esso aconseja el Divino Consejero (202.) trabaja por no dessamparar la Justicia, aunque te aya de costar agonias de muerte; pelea por ella hasta la vltima siempre, y el aliento postrero, y no dudes, que peleará Dios por tí, y expugnará á tus adversarios.

¶ 159. Con tan segura confiança, podrèmos entrar seguros en la prueba de este fundamento. Todo genero de contrato en instrumento pribado, que expressamente en él se pone por condicion q̃ se ha de otorgar Escriptura para mayor validacion, y firmeza del dicho contrato; no se perficiona el acto de la Contra-

(200.)

Contrata: ibi Y sobre dichas Viñas, *no ay otro gravamenes, ni Yo se los he hechado, ni la he obligado, ni hypotecado à cosa alguna, y assi lo juro à Dios y à vna Cruz, en forma de derecho.*

Et ibi: he de obligar, e hypotecar a la seguridad de esta venta dichas dos heredades de Viña, mas cielos, y tierras, con los que le pertenecen, de tal manera, *que siempre que conste que en el tiempo que he possoido dichas Viñas, las aya gravado, ò hypotecado a* este, *al saneamiento; con pacto absoluto de enagenacion.*

(201.)

Divus Ambrosius: lib. 2. oficiis cap. 24. ibi: bonis artibus, ac sincero proposito, nitendum ad honorem arbitror.

(202.)

Eclesiastes cap. 4. n.33. ibi: Pro Justitia agonizare pro anima tua, &c. Vsque ad mortem certa pro Iustitia, &c. Deus expugnabit prote inimicos tuos.

(203.)

Textus in §. 2. institut. demptione & benditione tit. 34. ibi: in his autemque scriptura conficuntur, non aliter perfectam esse venditionem, emptionem constituimus. Et ibi: Donec enim aliquid deest ex his, & penitentia locus est. Et potest, emptor vel venditor sinepena resedere ab emptione, & venditioue: lex 6. tit. 5. partit. 5. ibi: Compra, è vendida se puède facer en dos maneras, la vna es con Carta; y la otra sin ella: è la q̃ se face por Carta, es quando el comprador dize al vendedor, quiero que sea de esta vendida Carta fecha E la vendida, que desta guisa es fecha, maguer se avengan en el precio, *el comprador, è el vendedor,* non es acabada fasta que la Carta sea fecha, è otorgada, por que ante de esto puedese arrepentir qualquiera de ellos.

(204.)

Bald. in leg. contractus, & Dom. Gregorius *LopeZ in dict. leg. 6. ℣. contrarium: ibi: contrariam opinionem imo quod non videatur contrahi in scriptis nisi quã agitur vt aliter cõtractus non valeat tenet: Dom. Castillo controvers. lib. 3. cap. 26. n. 3. & 4. 14 & 16 ibi: Hermosilla in leg. 6. tit. 5. partit. 5. Glos. 1. n. 3. & 4. Matiẽço in leg. 2. Glos. 7. n. 3. Diego Perez in leg. 3 tit 8. lib. 3.* del Ordenamiẽto Real, *℣. Quero fol. michi 616. Coll. 3. AZebed. in leg. 1. tit. 17. lib. 9. Recop. n. 124. & 125. ZalaZar de vsu, & conceptudine cap. 2. n. 10.*

(205.)

Textus in leg. 3. tit. 8. lib. 3. Ordenamiento Real, que se halla confirmada, ex leg 2 tit. 16. lib. 5. Recop. & ita GutierreZ de iuramento confirmatorio prima pars cap 64. n. 8. & alisque congerit Diego Perez in dicta leg.

ta, hasta que se putifique la condicion (203.) *sed sic est*; que en la dicha Contrata, fuè condicional, expressa, que luego que estuviessen hechos los aprecios, se avia de otorgar Escriptura, para mayor validacion, seguridad, y firmeza del dicho contrato: *ac per consequens.* La validaciõ, y putificacion de la Contrata, depende de la Escriptura, y no de la Contrata, y no aviendose otorgado la Escriptura, es lo mismo que si no huviera Contrata.

OBJEPCION 1.

¶ 160. Opondràse por parte de Don Salvador Gullegos, los fundamentos siguientes. El primero, q̃ aunque es cierta la narrativa de la dicha Contrata, tambien lo es, que á dicha Contrata, le faltan las palabras siguientes: *ibi: Que sino se otorgasse la Escriptura referida, no valiesse la dicha Contrata, y todo lo que en ella se avia comprehendido* (204.) *sed sic est*; que à la dicha Contrata, le faltan las referidas palabras; luego aunque se haga mension en ella de que se avia de otorgar Escriptura; no es necessario su otorgamiento, mayormente quando està prevenido por ley Real, que en la forma que vno se quisiere obligar, se tenga por obligado (205.) *ac per consequens*: la dicha Contrata, no es condicional, sino pura, y quedô obligado el dicho Don Francisco en su virtud.

¶ 161.

¶ 161. El segundo fundamẽto, es, porque siendo esta materia conjetural, y no siendo la Escriptura necessaria para la validacion de el acto; aviendose obligado en dicha Contrata, Don Salvador, à vender, y Don Francisco, á comprar, y pagar el precio de las Viñas, luego q̃ se tassazen por Personas peritas, quedò perfecto el contrato sin necessitar de Escriptura, pues esta solo se puso por mension en la Contrata, para prueba de ella, y no por ser precissa, y necessaria para la substancia del contrato, sino solo para su prueba (206.) *sed sic est*: q̃ en la dicha Contrata se expresó el precio, el que le diessen los Apreciadores; la cosa vẽdida, y sus linderos; las cargas, y gravamenes, y la obligacion de eviccion; y que la Escriptura expressa la Contrata, *que se avia de arreglar á sus clausulas, como censta*, en sus vltimas palabras ay azeptacion formal del dicho Don Francisco, *ac per consequens*: la mension que se haze en dicha Contrata, de la Escriptura, no es porque sea necessatia para la substancia del contrato, sino solo para memoria; y assi puro el contrato, y no condicional; y es de ningun fundamento todo quanto ha fundado el dicho Don Francisco.

(206.) *Dom. Castillo controv. dicto cap. 26. n. 15. dicto Hermosilla glos. 1. n. 10. Zeballos Comunes contra Comunes qq. 90. n. 5. ℣. & sic hec questio dificilis: ibi: & sic hac questio dificilis est, & quotidia impraxi contigit in qua consideranda est intentio contrahentium, & verva textium quibus contenditur probare contratum: nam si post quam fuit perfectus, &c.*

Et Dom. Gregorius Lopez in eius Glos. in dicta leg. 6. supra: Carta fecha, ℣. *intelige: ibi: intelige quando ad substantiam cõtractus hoc fuit volitum, & predictus Diego Perez in dicta leg. Regia* ℣. *quero.*

RESPONTIO.

¶ 162. *Huic Objeptioni*: respon-

 de-

demos: No nos embaraza nueſtro aſſunto; lo primero, porque quien dictò la Contrata, fuè Don Salvador Gallegos, quien le puſo la referida condicion deſde ſu principio fuè el miſmo; las palabras de ella, no expreſſan, que la Eſcriptura ſe avia de otorgar ſolo para memoria del contrato, si para mayor validacion dèl: *ibi: Se ha de otorgar la Eſcriptura con todas las clauſulas, y requiſitos, y firmezas en derecho prevenidas para ſu mayor ſeguridad, y validacion: ſed ſic eſt:* que Don Salvador, expreſſamente pactó, que ſe avia de otorgar Eſcriptura para mayor ſeguridad, y validacion de la venta: *ergo*, ſin que ſe huvieſſe otorgado la Eſcriptura, no eſtava el contrato perfectamente ſeguro, y valido (207.) *ac per conſequens:* las dichas palabras, no dizen menſiõ ſolo à la Eſcriptura; si eſſencial requiſito, que ſin èl, ni avia ſeguridad, y validacion en la Contrata: *ergo*, Don Franciſco de Cardenas, no aviendoſe otorgado la Eſcriptura, es libre de la Contrata.

¶ 163. Compruebaſe mas: Si Don Salvador Gallegos, quiſiera que no ſe huviera de otorgar Eſcriptura, para mayor ſeguro, y validacion de el contrato, era correlativo, el que ſolo ſe huviera hecho menſiõ de ella, ſimplemente ſolo para que ſe otorgaſſe inſtrumento publico: empero, aviendoſe expreſſado en dicha Contrata, que ſe avia de otorgar, *pa-*

(207.)
Ibidem Greg Lopez in dict. gloſ. verb. Carta fecha: ℣. *ſecus: ibi: ſecus ſi ad illius probatio nem vt in leg. contractus Vbirald. y Salicet: ibi: quando à principio fuit dictum de ſcriptura Collegit animus contrahendi in ſcriptis.*

Ibidem Diego Perez in dicta leg. in § *Quero* ℣. *niſi ex preſſerint ſi velle inſcriptis contraheret,* cita à otros, *& comuniter omnes tenent.*

Et Zeballos: comunes contra communes qq. 90. n. 7. & qq. 91. n. 4.

ra mayor validacion, y seguridad; es lo mismo que si hoviera expressado expecificamente, que sino, *se otorgaba Escriptura, no avia seguridad, y validacion*: En el contrato no valia nada lo que sin dicha Escriptura publica se otorgasse, porque lo mismo se entiende, y se debe juzgar de la Contrata, como de la Escriptura, siempre que es correlativa à ella su disposicion (208.) *sed sic est*: que el mismo Don Salvador, puso la referida condicion expecificamente de que le avian de otorgar la dicha Escriptura para mayor validacion de la dicha Contrata, porque sin ella, y su otorgamiento era lo mismo, segun su expression, que sino se huviera hecho la dicha Contrata: *ac per consequens*, todos los fundamentos en que dicho Don Don Salvador, ha fundado la Objepcion, le perjudican al susodicho, y solo le favorecen al dicho D. Francisco: *ergo*: no otorgada la Escriptura, libre Don Francisco de Cardenas, en el todo de la referida Contrata.

¶ 164. Corroborasse mas respecto de no poderse llamar, el acto perfecto, quando vna parte de él, es hecha, y otra nò (209.) *sed sic est*: que Don Salvador Gallegos, aunque en dicha Contrata, expressô lo que vendia, y el precio, y los gravamenes, y puso la azeptacion del Don Francisco, no quedò el acto perfecto; pues expressò: *que para mayor seguridad y va-*

(208.)
Textus in leg final de Acceptilationib. ibi: Correlativorum idem est iudice, &c. De vno dispositum ad aliud trahitur. Surdo Decis. 218. *n.* 10.

(209.)
Actus non dicitur perfectus, quãdo partim est factus. & partim non: lex 2. ff. de origine iuris: ibi: Quia ipsi auimad vertunt, aliquid de esse: Gonzalez ad regulam 8. *Cançell. glos.* 63. *n.* 31. *Verbum factum non videtur. Et paria sunt non incipere*, vel ceptum non perficere. *Leg. final §. illud, Cod. de Codicill. §. penultim. instit. quibus mod. textimẽt. in ferem.*

validacion de dicha Contraea, se avia de otorgar la dicha Escriptura. Ergo: por la misma expression deldicho D. Salvador, quiso que no quedasse perfecta la Contrata; sino es otorgandose Escriptura: *ac per consequens*, aunque acabada la Contrata; no perfecta, mientras no se otorgaba el instrumento para su mayor validacion, y firmeza: *ergo*, Don Francisco, libre de todo quanto se contuvo en dicha Contrata, no aviendose otorgado la Escriptura.

¶ 165. Exornasse mas, si el animo de dicho Don Salvador, fuê expressar en dicha Contrata, que se avia de otorgar Escriptura, *para mayor seguridad, y validacion*: si esta no se otorgasse, no quedaria el acto de la Contrata, legitimo: *sed sic est*, que es lo mismo, no hazer el acto valido, ò menos firme, que no hazerlo, quando se debe executar segũ se pacta, y se ofrece (210.) y por contenerse en vna Contrata, hecha en la Ciudad de Velez, por los herederos de Don Melchor Navarro, Regidor, que fuè de dicha Ciudad, el año passado de 715. â favor de Don Casimiro Muñoz, vezino de dicha Ciudad, en la qual se ajustó la venta de vna heredad de Viña, propia de dichos herederos, y que se avia de otorgar Escriptura de ella (aunque nô con la expression que en esta) sin embargo de estar pagado por el dicho Don Casimiro Muñoz, la mayor parte del pre-

(210.)
Textus in leg. non putabi: §. non quæ vis vbi: Barthul. ff. de vonorum possetion contra tabul. ibi: & non fieri vel imbalide fieri: Surdo cons. 3. n. 12. 28. & 89. & cons. 136. n. 35. Textus in leg. Quoties leg. si autem nullum Cod. de lexitima heredit: ibi: non fieri vel minus legitime fieri quam de iure debeat paria sunt. Ita Brunor. â sole in locis comnib. n. 17. Marc. Anton. variarum lib. 2. resolucion 8. n. 8. infinitos referens. Giurba in consuetudin. Senat. Messan. cap. 8. glos. 7. n. 4. 7. & pars. 1.

precio de ella: Y aprobada la venta por los Acrehedores, que parte de ellos avian tomado parte del precio, y estando yà entregada la Viña, en poder del dicho Dón Casimiro; por aver sido el pacto condicional, *à que se avia de otorgar Escriptura*; solo por que se mensiona en la Contrata (defendimus, à los herederos del dicho Don Melchor Navarro en la Real Chanzilleria de la Ciudad de Granada, el año passado de *716.*) y obtuvieron sentencia, en su favor, en q̃ se declaró por nulla la Contrata, por no averse celebrado la Escriptura, y le mandaron restituir al dicho Don Casimiro la Viña; y compensar los frutos con las cantidades, que avia dessembolsado, y aun con menos fundamentos que los que llevamos expressados hasta aqui, que en esta Contrata, resultan otros mas vrgentissimos, que comprueban: *super abũdanti*: el Azerto, que hemos ofrecido probar.

¶ 266. *Rursus*: dize Don Francisco de Cardenas: que aviendo ofrecido las dichas Viñas, que le vẽdiô libre de los gravamenes expressados con juramento, y aviendo justificado la certeza de ellos; y el de la vereda: cuyo Pleyto ha parecido, yâ presentado el testimonio D. Francisco de Cardenas, en el termino de prueba: como assimismo, otro que nuevamente ha parecido; resultas de vn papel simple, remitido por

 Don

NOTA.

Deßicion de la Real Chanzilleria de Granada, en terminos de Contrata, con la expresion de q̃ servia de reducir à Escriptura publica año de 1716.

NOTA.

Testimonio dado por D. Melchor de Segura, el dia 5. de Julio de 1718. por mandado de los Señores de la Sala del Crimen: en el qual se haze relacion de la querella, que diò D. Salvador Gallegos, ante Luis de Torres Lobatõ Escrivano deste Numero, en los 16. y 21. de Abril de 723. siendo Alcalde Mayor D. Diego de Cardenas Pedriñan [à quien fiò D. Salvador Gallegos en 500. ducados de estar à Residencia) contra D. Bartholomè Maroto, y otros sus hermanos. Y contra D. Juan Maroto su Padre, en que expressò ser Possedor de la Viña vendida á Cardenas, *que lindava cõ*

Fran-

Francisco Nañez de Lara, que avia hecho vn nuevo plantio, y los dichos Reos avian acostumbrado à passar por ella, *sin titulo, causa, ni razon, dando motivo que otros passassen à su exemplo; y otros muchos particulares, sobre que se mandaron prender à todos los dichos Reos: y aviendo ocurrido à la Sala los referidos; dieron pedimento querellãdose de dicha Iusticia, en que expressaron, posseer vna Viña, à la linde de las referidas, y que teniendo,* servidumbre de passo sus partes, por vna vereda, que cruza por las tierras del dicho D. Salvador *porque los susodichos cruzaban por ella, siendo assi, que para,* su reparo se les avia repartido 150. rs. q̃ constaban de vn recibo que presentaron avia supuesto en dicha su querella, que se avian introducido, *y que con este motivo, les avian puesto en su heredad, imbiando vn quadrillero, sus mozos, y criados: y que reconociendo que la causa era Civil, les avian supuesto vso de Armas cortas, ò vna aprehension de vna pistola, y vn trabuco, que este era de su Padre D. Juan Maroto, Artillero, q̃ gozaba del fuero Militar, y tenia privilegio para ello; y la pistola de vn mozo, que trabajaba en dicha hazienda, quien la reconoció por suya:* Y quando el Capitan General expidiò à dicha Justicia, exsortò, para que se instruyese, *el dicho Alcalde Mayor respondiô:* Que no procedia contra el dicho D. Juan Maroto, su Padre; *y en dicho pleyto, introduxo se passase à hazer quentas, y particiones, del caudal de los susodichos, para eternizarlos en la prision, y les vẽdieron sus bienes, vn Mulo, y dos Cavallos en la quarta parte de su valor: pidieron retension de los autos, los quales se estaban substanciando, y el vltimo auto fuè el dia 20. de Noviẽbre* de

Don Salvador Gallegos, al dicho D. Francisco, en que expressa la Viña, y sus linderos; situacion de la Casa, y otras circunstancias; que ha reconocido el dicho Don Salvador Gallegos: en el qual expressô, que vna parte de la *Casa de la dicha heredad está sobre tierras, que llaman de Rizo,* que son sobre las que el dicho Don Salvador, paga censo perpetuo al Convento del Señor Santo Domingo, siendo assi, que en la Contrata, ocultó este gravamen, por no aver expressado en ella, sobre que tierras estaba fabricada; pues de su valor, y en especial en aquella parte, que importare, la Casa, puede repetir dezima, el dicho Real Convento, y de esta pretension, *que realmente es vn Pleyto;* y siendo cierta su situacion, como expressa dicho Don Salvador; luego cierta la condenacion, cierto el referido gravamen, que este es el 11. que se ocultò en dicha Contrata, que dictò, y dispuso el dicho Don Salvador. *Sed sic est:* que aviendo ofrecido el dicho Don Salvador, en dicha Contrata, vender, y entregar las dichas Viñas, al dicho Don Francisco, libres de estos 11. *gravamenes,* que no expressò en ella; lo qual expressó baxo de juramento, como dicho es: cuya condicion no ha cumplido por su parte, que es el motivo, y causal de no averse otorgado la dicha Escriptura, luego aviendo faltado el dicho Don Salvador, à purificar

car esta condicion entregando al dicho Don Francisco las dichas Viñas, libres de estos gravamenes expressados, y justificados, la qual se avia de purificar primero que passar â otorgar la dicha Escriptura, que es la segunda condicion, estando la primera pendiente: el acto de dicha Contrata, no se puede llamar puro, ò perfecto, hasta que el dicho Don Salvador la purifique entregandola libre de ellos, y hasta entonçes queda suspensa la Contrata, (211.) y sin efecto esperando el evento de esta libertad de dichos gravamenes: *ac per consequens*: libre el dicho Don Francisco de todo quanto contiene dicha Contrata.

¶ 167. Asseguraʃe mas; pues en tanto puede subsistir la Contrata, en quanto las Viñas vendidas, tuviessen el mismo estado de libertad de los expressados gravamenes; en la misma expecifica forma, que se contiene en dicha Contrata, que es à lo que se obligô el dicho Don Salvador, en ella, y como tal està obligado â cumplirla entregandola libre de ellos (212.) *sed sic est*: que el dicho Don Salvador, no ha cumplido expecificamente con lo que ofreciò en dicha Contrata, entregando las dichas Viñas, libres de dichos gravamenes *ergo*, la dicha Contrata; no es pura, y simple, no es acto perfecto (como se ha ponderado) ô puro sì, condicional, y no purificada esta con-

de 723. y no consta, estar conclusos, ni determinados dichos autos; que es el motivo de no aver presentado *D. Salvador Gallegos, testimonio de dichos autos, y que no se viniesse en conocimiento, que este gravamen exsistia, que es el mismo de que hazemos mension en este Informe al n. 22.*

NOTA.

11. Gravamen, *que se ocultô en la Contrata: la parte de la Casa, en tierras, sobre que se paga censo perpetuo al Real Convento del Señor S. Domingo: su justificacion, un Papel de letra de D. Salvador, que assi se expressa, y tiene reconocido en este Pleyto, su expression n. 156.*

(211.)

Textus in leg. Cedere diem ff. de Verborum significationib. ibi: conditione pendente actus non dicitur perfectus, suspendit enim conditio actu in efectum vel eventu coditionis: Menoch. cons. 63. à n. 28. cum seqq. Flamnio Puris de resignatione lib. 1. qq. 3. n. 29. Surdo concejo 186. n. 12. & cons. 238. n. 7. Dom. Castillo controv. lib. 5. cap. 119. n. 7. Navarro qq. forens lib. 1. qq. 27. n. 5.

(212.)

Textus in leg qui heredi ff. de conditionibus, & demonstrationibus. ibi: conditio in forma expecifica impleri debet: Menoch. cons. 1. n. 410. Brunor. A sole in locis communib. Verb. cōditio. 5. Cardoso, in praxi iudicis, & advocatorum verb. eodem n. 3. Surd. decis. 209. & cons. 168. n. 18. Valazco Consultat. 82. n. 11. ℣. Praeterea: Cardinalis Tuschus lit. C. cōclus. 595. n 4. Dom. Castillo controverciar. lib 5. 2. pars. cap. 119. n. 6. Zeballos comunes, contra comunes tom. 4. qq. 900. n. 56.

condicion en la expecifica forma que el dicho Don Salvador, ofreciô: *ac per consequens*: mal podia ser seguro el contrato, y tener validacion, y reduciendolo à Escriptura publica, si el mismo Don Salvador, no ha entregado las Viñas, libres de dichos gravamenes: *ergo*, D. Francisco de Cardenas, de todo quanto se contiene en la dicha Contrata, libre.

¶ 168. La razon en que se fundan todos los DD. es, porque en los contratos: *estricti juris*, y de buena fee, como el de compra, y venta no reciben ampliacion, ni estencion de *casu ad casum* (213.) y se ha de estar à la expresion de las palabras de los que lo contrageron, porque de otra suerte, el acto de dicha Contrata, surtiria efecto contra la misma intension de los que hizieron el contrato, lo qual repugna á la razon natural, y á la ley (214.) *sed sic est*, que Don Salvador Gallegos, lo que ofreciò vender en dicha Contrata, fuè las dichas Viñas, libres de los referidos gravamenes, y lo que aceptó el dicho Don Francisco, fué la venta, debaxo del mismo concepto de libertad de ellos: si se le apremiara à Don Francisco, â que otorgasse la dicha Escriptura de venta en fuerça de dicha Contrata, se le obligaba â otorgar vn instrumento, que era contrario à lo mismo que en ella se le avia ofrecido, en quanto á la libertad de dichos gravamenes, y el avia

en-

(213.)
Ita Zeballos predicta qq. n. 58. & 59. ibi: quia conditiones in contractibus sunt striti juris, & non recipiunt ampliationem neque extentionem de casu, ad casum. Textus in leg. quid quid à extrigenda 99. ff. de verborum obligationib. ibi: nisi palam verbis exprimatur, omissum esse inteligẽdum est.

(214.)
Idem Zeballos n. 57. ibi: quia alias actus agentium efectum sortiretur contra agentiũ intentionem quod repugna, rationi, & legi nõ omniũ ff. si certum petatur.

entendido, que assi se le vendia: esto era contrario al mismo contrato, y repugnante, à la razon, y à la ley, *ac per consequens:* injusto el apremio cõtra dicho Don Francisco: *ergo*: libre de la obligacion de la Contrata: y de lo que en ella se contiene el dicho Don Francisco.

¶ 169. Lo referido se comprueba, por la forma contenida en dicha Contrata, segun se ha ponderado por el dicho Don Salvador, se debe observar en la misma expecifica forma, que en ella se contiene, y esta, *ad vnguem*, se debe observar, por ambos (215.) y si assi no se observa, es *ipso iure nullo*, el contrato, (216.) y aquello que se haze contra la forma expressa de decreto, se tiene por irrito, y nullo: *sed sic est*, que el dicho Don Salvador, se obligó expressamente en dicha Contrata, â entregar las dichas Viñas, libres de los expressados gravamenes: de su parte està obligado â cumplir, con entregar las dichas Viñas, libres de ellos, para que se le pueda apremiar al dicho Don Francisco, à que otorgue el instrumento, ó Escriptura: Don Salvador, no ha cumplido con lo que ofreció, antes sí, consta lo contrario; pues han resultado los referidos gravamenes: *ergo*, â Don Francisco de Cardenas, si se ha de observar: *ad vnguem*, la Contrata, no se le puede obligar à que otorgue la Escriptura de compreda, hasta q̃ pri-

(215.)

Ibidem Zeballos n. 14. ibi: forma enim dat esse rei, & ad vnguem, est servanda textus in leg. mevius ff. de conditionib. & demonstrationibus.

(216.)

Idem Zeballos dicto n. 14. v. alias: ibi: alias contractus est ipso iure nullus: textus in leg. cum is §. pretor ff. de transationibus, & quid quid fit contra decretum hirritans habetur, pro in fecto: Abbas in cap. dilectus n. 14. de prabendis; Oldrandus cons. 319. in fine.

primero Don Salvador Gallegos, le entregue la dicha Viña, libre de los dichos gravamenes, segun, y como lo ofreció en la dicha Contrata: *ac per consequens*, libre de ella Don Francisco de Cardenas, respecto de no aver purificado la dicha condicion Don Salvador, entregando dichas Viñas, libres de dichos gravamenes: *ergo*, Don Francisco de Cardenas: *habet locus pœnitentiæ*, y està libre de esta obligacion.

¶ 170. Corroborasse mas, si el animo de Don Salvador Gallegos, al tiempo que dictò la Contrata, fuè de buena fee, y de sana intension, ó nò: si fuè de sana intensió aviendose manifestado los dichos gravamenes; ha debido entregarle libre de todos ellos; pues si assi lo confessare Don Salvador, por el mismo hecho, confiessa, que no se le puede apremiar al dicho Don Francisco, á que otorgue la Escriptura, por no deberse operar: *ultra*, de esta principal intension (217.) y si cōfessare, que su intension no fuè de entregarla libre de los gravamenes, aunque en la Contrata, se obligasse a ello, el mismo Don Salvador, por el mismo hecho viene â confessar, que dicha Contrata, fuè dolosa, que aunque fuesse el dolo pressunto, en quanto à el dicho Don Salvador, no puede subsistir el contrato (218.) Luego menos puede subsistir quando es expresso, aunque intervinisse jura-

(217.)
Actus agentium numquam ultra eorum intentionem operatur: lex non omnis ff. de certum petantur leg. in agnis ff. de ad quir ver Dom. Cardinalu Serephin Decis. 890. n. 2. Estephano Gratiã Dicertatione forentium tom. 5. cap. 948. n. 48.

(218.)
Idem Zeballos tom 4. qq. 900. n. 18. ℣. & sic cum dolus saltim presuntus intercedat, nō subsistinetur cōtractus text. in leg. scriptis cũ aliter ff. de verborum obligationib.

ramento (219.) y si el dicho contrato, es nullo, es invalido por razon del dolo, no tiene subsistencia: mal se le podrà obligar á Don Francisco, à que otorgue la Escriptura respectiva al dicho contrato, que por su naturaleza no puede subsistir.

¶ 171. Exfuerçasse mas; respecto à la plena justificacion, que consta de los autos, de la ignorancia de papeles en el dicho Don Francisco, las circunstancias que contiene la dicha Contrata: todo contrato celebrado con horror, es ignorancia de alguna de las partes, y maxime en el comprador, no es valido: la razon de esta invalidacion, es, porque se requiere vn consentimiento voluntario, como se podrá dàr consentimiento, ô azeptacion voluntaria en aquel que carece de conocimiento? porque no ay cosa mas notoria; no quiso, es, porque no conoció; en el que ignora esta especie de contratos, y obligaciones, no se dà, ni se puede considerar conocimiento de ellos; lo que conociendo (ha premiado) Don Francisco de Cardenas, no haria. Luego menos voluntariaménte se presume lo huviera otorgado, si huviera reconocido el dolo de dicha Contrata (220.) cuyo argumento en materia de Matrimonio, con herror celebrado, sigué el comun de los DD. con el Señor Santo Thomás; y sobre ser causa suficiente, para escúsar de las censuras

la

(219.)

Ibidem n. 19. vbi: notan DD. vnde nimirum si contractus inquo intervenit dolus non confirmetur iuramento vt tradict. Decius consf. 180. n. 7. vbi: dicit comunem opinionem Cagnolus in leg. secunda, Cod. de resindenda benditione n. 79. & 81.

(220.)

Bonazina de contractibus tom. 2. Disput. 3. qq. 1. §. 1. n. 3. V. respondeo ibi: respondeo contractum celebratum cum herrore comitante non esse validum, ratio est quia ad validitatem contractus requiritur consensus, & voluntarium: cum herrore autem commitante nõ adest cõsensus; quomodo enim aliquis consentire in id quod non cognosit? Nichil enim est volitũ quod non sit pra cognitum: cum herrore autem cõmitante non adest. cognitio illius quod fieri secluso illo herrore. Quare herror nõ suficit ad validitatẽ contractus: quia licet non faciat in voluntarium ita communiter DD. cum Sanctus Thomas; in 2. 2. qq. 6. Articul 8. & videque dixit de matrimonio celebrato per herrorẽ, qq. 3. puncto 2. n. 2. & in tractu de censuris de ignorantia escusante á censuris Disput. 1. qq. 2. punt. 1. n. 4. & de inceptionibus.

la ignorancia, todos lo afirman.

¶ 172. Y porque no nos alejemos à otras questiones, aviendolas en los propios terminos de compreda, y venta siempre que â vno se le venda vna alaja de oro, que en realidad era de plata por lo interior, y en lo esterior dorada, porque es herror sobre la substancia de la cosa: lo mismo quando el comprador se le vende vna alaja que era de plata solida, y como tal la comprò; y despues hallô, que aunque tenia alguna cosa de plata, estaba esta ligada con otros metales inferiores, y otros semejantes: como ha sucedido con la dicha Viña; pues en la Contrata, se le assegura por libre de los gravamenes expressados, y no simplemente, si con juramento, y despues se hallan con dichos defectos, que sobre lo substancial, en cuyos casos, no estâ obligadô Don Francisco, á cumplir dicha Contrata. (221.)

(221.) *Idem Bonazina 2. propotisio n. 5. ex dictis in pressendentibus propositionibus sequitur, primo invalidum esse contractu emptionis quem quis celebravit credens hemere torquem aureum, sed postea invenit argentum, & exterius tãtumodo conspersun-auro, adest enim herror circam substantiam: similiter invalidus est contractus ẽptionis, quãdo quis credens si mẽsam ex argento solido confectam emere invenit ligneam confectã, solis laminis argentijs vt expresse habetur, leg. cum abeo ff. de cõtrahenda emptione.*

¶ 173. Y respecto de que hemos probado en el primer Azerto, que la dicha Contrata, insidiò en dolo, y quien diô causa á èl; que es imbalida, hirrita, y nulla dicha Contrata, por todos los fundamentos, q̃ en èl se contienen, y que el dicho Don Salvador, fuè quien dió causa à èl, quien la notô, y dispuso, el q̃ saliô lucrado en toda ella, y damnificado solo el dicho Don Francisco, todo en vn contrato de buena fee, dispuesto por vn hombre inteligen-

tissimo, todo en su favor, y contra vn hombre en semejantes negocios, ignorante, confessado por Gallegos, y plenamente justificado, aunque D. Francisco huviera otorgado la Escriptura, se le deben ressarcir en ambos fueros todos los daños (222.) si tambien se debe declarar nullo, hirrito el dicho contrato.

¶ 174. Si el motivo, y causa en que se fundan todos los DD. es en la propia obligacion de los que contraen en manifestar todos los gravamenes, todas las circunstancias de las alajas que se venden, y este se comete, por lo que se asegurô de palabra, de hecho; y por omission de manifestar lo que està obligado à hazer el que vende (223.) añadiendo este à los demás que tenemos expressados en el primer Azerto: *sed sic est*, que en todos tres casos, por el dicho Don Salvador, se cometió dolo en la dicha Contrata; pues en ella con juramento, asseguró afirmativamente la Viña, por libre de dichos gravamenes, está justificado lo contrario: huvo el hecho de assegurarla asi, en dicha Contrata, y assimismo la honucion de nò averlos manifestado todos, debiendo el dicho Don Salvador manifestarlos; pues vendia, lo sabia, y estaba obligado à ello: *igitur*, en dolo Don Salvador Gallegos, è insidiò en él, en dicha Contrata, siendo està invalida, y nulla; en todos sus particulares mal se le podrà

KK. obli-

(222)

Ibidem Bonacina §. 2. Propositio 1. n. 3. ℣. quam vis de ceptus habeat actionem contra dezipientem ne ad impleat si non dum á de implebit vel vt sibi damnum resarciatur si iam contractum implebit: textus in leg. cum postea Cod. de pactis: contractus Bonefidei celebratus perdolum dantem ipsius causam in vtraque foro hirriti sunt; Molina de iustitia, & iure disputació 352. Lessius: Rebellus, & Azor: Turrianus disput. 55. Dubio 8. & aliter comuniter; texte Antonius Gomez tom. 2. variarum cap. 2. de venditione n. 21. ℣. secundus casus.

(223.)

Textus in leg 1. ff. de dolo ita Navarr. lib. 2. tit. 1. n. 52. Rebellus 1. pars. lib. 4. de contractibus qq. 6. section 1. n. 2. Molina de iustitia, & iure tom. 2. disput. 293. Aragonius 2. 2. qq. 52. Artic. 2. ℣. diximus huiusque, Filitius tractatu 33. cap. 7. qq 1. n. 113 & sequentes, è predictus Bonacina §. n. 1. ibi: notandum est primo dolum esse machinationem seu deceptionem qua quis decepit alterum dicto, vel facto vel omitione eius quod dicere vel facere tenebatur.

obligar al Don Francisco, à que otorgue la dicha Escriptura; pues esto solo fuera querer premiar á quien cometiô el dolo; y que padezca todo el daño el que recibió el engaño, y perjuyzio.

OBIECTCION 2.

¶ 175. Insiste Don Salvador Gallegos, en que todavia se le debe apremiar al dicho Don Francisco, à que otorgue la dicha Escriptura; respecto de que aunque sean ciertos los dichos gravamenes, êl ha cumplido por su parte la dicha Contrata, respecto de que se ha hallanado á afiançar absolutamente con las Viñas, que le quedan assi, en los papeles extrajudiciales, que ha dado, y estàn en los autos. cómo en la Sala: y que aviendo por su parte hecho este hallanamiento; y constando assimismo, que el dicho Don Francisco, firmó la Contrata, que es lo que dize: basta para el consentimiẽto, y que assi, si Don Francisco, se dexò engañar, el contrato es valido, aunque insidiesse en dolo la Contrata, por bastar el consentimiento. (224.)

RESPONTIO.

¶ 176. *Huic Obieptioni*: respondemos, no nos embaraza en nada todo quanto llebamos probado, y fundado, porque dichos fundamentos

(224) *Ibidem Bonacina en el n. 3. quarto § sucipit dixi si dolus probeniat ab altero cõtrajẽte (sita á muchos) Ratio est tum quia nullus ius hirritat huius modi contractum; tũ quia adens suficiens cõsensus, cũ non herretur circam substantiam, sed circa adcidentia.*

tos hàblan en diſtintos caſos; quando el dolo es ſolo ſobre las coſas accidentales, y no ſobre lo ſubſtancial, y quando el que conſintió era perſona inteligente, y verſado en negocios: *ſed ſic eſt*: es que Don Salvador, dió cauſa al dolo ſobre lo ſubſtancial de la dicha Viña, aſſegurandola por libre, conſtando tener tan duplicados gravamenes; cō quien hizo la Contrata, fuè perſona, que aunque la firmó, eſtá juſtificado plenamente que no tiene inteligencia; las Viñas, que ofrece por hypotecas ſe le hallan muy deterioradas con las tormentas, y tienen contra sí otros muchos creditos que quedan reſervados, como es la deuda que debe Don Salvador, â los Caſamayores, cenſos, y demas: en cuyos terminos las dichas doctrinas no ſe pueden traer para impugnar dichos fundamentos.

¶ 177. Lo referido ſe comprueba mas; pues aviendo juſtificado plenamente con mucho numero de teſtigos de mayor excepcion la ninguna inteligencia en papeles del dicho Don Franciſco, y lo miſmo por confeſſion hecha por el dicho Don Salvador, de cuya plena juſtificàcion no ſe puede dudar: venimos à parar â la queſtion de eſte ſegundo Azerto, sì conocido eſte herror, y dolo por el dicho Don Franciſco, engañado, ſe le podra preciſſar a que cumpla la Contrata, aunque

(225.)

Lecio lib. 2. cap. 17. Dubio 5. n. 33. Reginaldo n. 224. lib. 25. P. Sanchez de matrimonio disput. 64. lib. 1. n. 5. filluicio tractatu 33. cap. 7. qq. 7. n. 124. idem Bonacina prima propositio n. 4. ℣. 1. Respondio negatibe: cum alijs ibi: ratio est, tum quia hec videtur esse tacita contrahentium intentio; vt noliut se obligare ad perfitiendum contractũ, cognito dolo, & de deceptione: tum quia non est obligatio adimplẽdi contratũ quãdo supervenit notabilis mutatio; (aun en el caso de exponsales) *sed idem est de nobo super venire, & de nobo incipere cognoci. Ergo cognito herrore, & dolo prastito atertiã persona non est obligatio ad implendi contractum celebratum per dolum.*

(226.)

Idẽ Bonacina n. 5. ℣. verum tamen: ibi: verum tamen est de sepienti teneri ad restitutionem omnium daninorum quo passus est deceptus; peccabit enim contra iustitiam, inducendo alterũ per fraudem ad contrahendum ex peccato autem contra iustitiam consurgit obligatio restituendi damna. Ita Rebellius loco citato n. 9. Turrianus n. 13. & alij communiter.

que por la otra parte aya cumplido el todo de lo que en ella ofreciô: y si este està obligado á rezarcir los daños al dicho Don Francisco: â lo qual responden todo el comun de los DD. que nó està obligado el dicho Don Francisco, ni se le puede precissar à que cumpla dicha Contrata, (225.) la razon es, porque la tacita intension de los que contraen, es el no obligarse a perficionar el contrato conocido el dolo, y decepcion, ô engaño.

¶ 178. Y en estos mismos fundamentos afiançan el deber ser condenado el dicho Don Salvador, à la restitucion de todos los daños, q̃ se le han seguido al dicho Don Francisco, demás de la grave culpa cometida contra Justicia, en aver incluydo mediando dicho fraude, y dolo al dicho Don Francisco, en dicha Contrata (226.) y de esta culpa, nace en el Don Salvador, la obligacion de restituir.

¶ 179. Otra question, prueba este intento: *vtrum*; si el contrato perfecto le puede resindir, el mismo que diô causa à èl en la decepcion, ô engaño, en q̃ intervino dolo, por sí solo, ò es menester que concurra el consentimiento de el engañado? En cuyos terminos siendo todo el derecho adquirido, á favor del engañado, y en cuyo favor el derecho permite esta recission; no se debe aprovechar de este favor el terzero, como

ino lo es Don Salvador, quien dió causa al dolo, sino es consintiendolo el dicho Don Francisco (227.) *sed sic est*: que el dicho Don Francisco tiene plenamente justificado el dolo, y engaño: *vt antea retulimus in primo Azerto*: se ha hallanado à que se le afiançe el todo del precio del valor de la Viña; y que esto no puede ser respecto de el estado de los bienes de el dicho Don Salvador, los gravamenes expressados, y los futuros; ô que buelva à recibir en *sí* la Viña; es condicional la Contrata, no se han puridicado las condiciones, ha lugar el arrepentimiento: y estas son las causas porque el engañado consiente, luego se debe resindir la Contrata, y declarla por nulla: *ergo*: Don Francisco de Cardenas, libre de ella, y de todo quanto en ella se contiene.

¶ 180. *Rursus*: dize Don Francisco de Cardenas, si con lo expressado en los fundamentos antecedentes, y en los de el primer Azerto, èra suficiente para que no subsistiesse la dicha Contrata, y que no se le pudiesse obligar à su cumplimiento al dicho Don Francisco, mucho mas quando de ella misma consta, que desde su principio, hasta el fin se expressó que se avia de otorgar, *Escriptura para su mayor validacion*; *y firmeza*; q̃ es en el caso, que pueden ambos contrayentes separarse, *no estando otorgada la Escriptura.* Y esto se debe entender aun en el caso dè q̃ fal-

(227.) *Textus in leg. eleganter ff. de dolo: Antonius Gomez tom. 2. cap. 2. n 21. ad finem Rebellus loco citato n. 8. Lucius Turrianus disput. 65. dub. 8.n.20. Molina disput. 252.n.14. refert Covarrubias Conradus, & alios contra sil. restrem, & Angelum. Idem Bonacina: in secunda propositio, n. 6. ỷ. addo: ibi: addo contractus recindendum esse volente decepto Decipiens vero non potest recindire contractum celebratum per dolum incidentem; nisi de ceptus consienciat; nam favere decepti, introductum est, non debet in ipsius damnum retorqueri, consequenter decipiens non potest, resindere contractum, volente de cepto in eo permanere.* Ergo eo volente potest resindere contractum.

Ita Zeballos qq 90. n. 7. ibi: si vero à principio contractus, & semper fuit dictum, quod fieri scriptura, tunc (licet contractus de consensu partium perfectus sit) poterit qui libet ex contrahentibus antequam fiat scriptura ac cõtractu resedere: & qq. 91. n. 4. quia loquitur: ibi: Quia loquitur, quãdo partes cõtraxerunt hoc actu vt in scriptis contractus redigeretur per notarium in quo casu bene posuit contrahentes (non facta scriptura) à contractu discedere, etiam si non dixirint contractum non valere nisi confecta scriptura, &c. *Hoc vult predicta lex Regia recte in tuenti, qua annia sunt menti tenenda, cum coudie impraxi contingant.*

falten las palabras siguientes: *que no valia el contrato, sino es otorgandose la Escriptura*, si le debe tener perpetuamente en la memoria (228.) lo qual expressamos para mayor confirmacion del referido Azerto, esto aunque no huviera los fundamentos, que llebamos expressados, que dexan sin la menor duda enerbada toda la obligacion, que el dicho Don Salvador Gallegos, ha querido constituir en el dicho Don Francisco; por solo aver firmado la Contrata, que no entendió, ni pudo entender, â que aya de otorgar la Escriptura, y llevar â debido efecto la Contrata, que no està perficionada, ni menos cumplido el dicho Don Salvador, con lo q̃ en ella ofreció; porque nos pareciò aver probado este segundo Azerto.

AZERTO III.

EN QUE SE FUNDARâ, Y PRObarà, que en el caso de que dicha Contrata, aya de subsistir, se le debe sanear al dicho Don Francisco todo el precio, y valor de la dicha Viña, con hypotecas valiosas, y seguras, hasta la misma concurrente cantidad, que por su valor ha desembolsado.

Y sobre los intereses del precio de la Viña, depositado, que pretende Don Salvador, le restituya D. Francisco de Cardenas; de cuya pretension, como injusta debe ser absuelto el susodicho.

Antes sì debe ser el dicho D. Francisco re-

reintegrado en los que ha perdido, por razon del deposito; costas, y daños por razon de este Pleyto.

¶ 181. Para fundar este Azerto con mayor bervedad, es precisso suponer, que Don Francisco de Cardenas, ha probado con instrumentos todos los gravamenes, que no se cõtuvieron en la Contrata, y se contienẽ desde el §. 17. del primer Azerto de nuestro Papel; por todo el, y con los testigos de su probãça. Que estos no están evaquados, y los que estàn pendientes en litigio no se han determinado en los Tribunales donde penden, que son distintos de este, y separados; contra cuya prueba no ay otra en contrario, que la desvanezca, ò la ponga dudosa; en cuyos terminos, aunque se huviesse pactado expressamente no estàr obligado el vendedor, lo queda por derecho: que por no duplicarlos los lugares en que fundamos por derecho esta obligacion, nos remitirèmos à ellos, que son en los Numeros Marginales de esta Alegacion: el 16. el ni 23.- 26.- 58.- 64.- 78.- 79.- 80. y 81. en los quales està probado plenamente esta obligacion, en el dicho Don Salvador Gallegos.

¶ 182. Tambien es cierto, q̃ en la probança que ha hecho Don Salvador Gallegos, ha ido à justificar que las Viñas, que ofreciò por hypotecas, estan muy deterioradas,

por

por las continuadas tormentas: cuyo dinero depositado avia de servir, para repararlas; como lo expressan Don Andrés Cotrina, y Juan Ximenez, Capataz de Don Salvador, en la 11. pregunta del interrogatorio de el susodicho: en cuyos terminos si ha de afiançar Don Salvador, esta venta, los bienes estan deteriorados; y no son equivalẽtes. Los creditos ciertos, el peligro de el principal de el valor de las Viñas, entrando en poder de Don Salvador: Quien será bastante à responder? Aun si la consideracion de las demâs deudas particulares, como la de Casamayor, y otras que el susodicho debe; los demâs que le quedan son muchos los gravamenes, y cargas Reales de ellos; Luego es evidente, que sin conocido riesgo, no se le podrá mandar entregar el dinero; sino es con equivalentes fianças: esto es, no declarandose el contrato por nullo; y â D. Francisco, libre de la obligacion dèl; que para todo sobra mucho de todo quanto llevamos expressado, en el primero, y segundo Azerto.

SOBRE,

INTERESES DEL VALOR de la Viña, depositados, que estos pertenecen à Don Francisco, y no à D. Salvador.

¶ 182. Para la pretension de estos interesses, ha ido á justificar D. Sal-

Salvador Gallegos, tres cosas; la vna que las Viñas, que le quedan, se han arruynado sus casas, y se han maltratado, por no aver acudido en tiempo con sus labores, y remediado cõ otras, por falta de no averle entregado el precio de la Viña: La segunda, que si se le huviera entregado, huviera entregado esta cantidad en manos de vn hombre de Comercio, para que redituase vn 14. por ciento: Y la tercera, que si se le huviera entregado, huviera professado sus hijas en el dicho Convento de Señora Santa Clara, y huviera pagado sus deudas: Y aunque entresi, son opuestas estas pruebas; pues no avia para todos tres fines con dicha cantidad depositada: de todo ay testigos, que los expressen estos particulares. Empero, nosotros nos valdrèmos del segundo particular para prueba de este Azerto.

¶ 183. Si Don Salvador, huviera entregado la dicha Viña, libre, y segun la ofreciò en la Contrata, y con las seguridades que corresponden; y Don Francisco se escusara à entregar el precio despues de averse entregado en la Viña; y Don Francisco, percibido sus frutos, al mismo tiempo, que lucradose con el precio de la Viña; aun pareciera esta pretẽsion menos temeraria; respecto de que solo podria repetir los recompẽsativos de la alaja, por razon de los frutos; empero, no el lucro remoto,

que es el que espera à que el que no es de Comercio, ni tiene negociaciō cierta en que emplean su dinero, y ganar con verosimilitud (229.) *sed sic est*, que Don Salvador Gallegos, no es hombre acostumbrado á empleos: luego el lucro, que podia pretender incierto: luego nò el lucro cierto, y verosimil, que es el que siempre se presume adquirido en el hombre de Comercio (230.) y q̃ en cōciencia se le debe à este (231.) y se llama natural lucro.

¶ 184. Empero, de toda la disputa antecedente nos quitò D. Salvador, porque no cumpliô lo q̃ ofreciò, entregando la Viña, libre de dichos gravamenes, y al precio depositado, no tiene accion, y derecho hasta que cumpla con lo que ofreciô: *ut antea retulimus*: Y està obligado à cūplir primero, por su parte; (232.) y aunque Don Francisco de Cardenas, no le huviera pedido que entregasse dicha Viña, libre, y segun la ofreciô siempre que constasse, como consta de el processo, esta el Juez obligado de oficio, à mandarlo que assi lo cūpla, el vendedor con muchos exemplares, que trae en casos como este, sobre la venta, que hizo Don Pedro de Carabajal, Dean de la Santa Iglesia de Toledo, quien vendiò vnas Casas de las Fabricas de dicha Iglesia, á Eugenio de Montoro por cierto precio, y por libre de todo censo, y gravamen libre, la qual consta-

(229.)

Straca Decis. Rota genuę 139. n. 11. ibi: intentum autem lucrū sençetur quando spetatur ab homineque non consuebit negotiari, & mercari.

(230.)

Ita Iullio Caponio Diceptionē forentium 339. n. 15. Straca vbi proxime ¶. quasi vero: Antonius Gabril lib. 3. conclus. 10. n. 3. Molina de Iustitia, & iure; tom. 2. Disputat. 315. in fine Sāctus Thomás 2. 2. qq. 62. cap. 4. Dom. Castillo quotidie narem lib. 2. cap. 1. n. 29.

(231.)

Iullio Caponio vbi proxime: Hermosilla leg. 10. glos. 4. tit. 1. part. 5. n. 57.

(232.)

Textus celebris in leg. Iulianus; §. oferri, ff. de actionibus empti, & ita Rolando consilio 6. volumē 1. in 18. - 28. & 53. & Zeballos comunes contra comunes qq. 766. n. 80. ibi: non potest agere pro parte sua, nisi prius constet. ad implevisse, illud ad quod fuit obligatus.

taba, que avia algunos censos redimibles; el dicho vendedor pidió, se le entregasse el precio convenido, y que se le otorgasse Escriptura, y el comprador, pretendió q̃ la vẽta era nulla; en conformidad *de la ley 63. tit. 5. partit. 5.* Empero, no alegó, que el contrato no era cumplido, por parte del vendedor, y sin embargo, el mismo *Zeballos*, como Juez acompañado de la Justicia de Toledo, *declaró*: que no estaba el dicho Eugenio Montero comprador, à cumplir el contrato por su parte, hasta que el dicho vendedor, cumpliesse por la suya, entregasse la Casa, libre de dichos censos (233.) que fué lo mismo, que mandarle retener el precio, ò concederle la retension dél justamente, hasta que él fundó se le entregasse libre: este mismo derecho, le assiste â Don Francisco de Cardenas, pues lo ha pedido todo; y teniendo este derecho de retension Don Francisco, como llebamos probado, por otros muchos fundamentos, sin estos, mal podrá tener derecho Don Salvador, al precio; ni à sus ganancias, ô lucros inciertos; pues por titulo alguno se le deben.

¶ 185. Esto se entiende quando dichas pretensiones no fueran entresi opuestas, y Don Francisco de Cardenas, no huviera justificado, que en los empleos de passa, y vino, y otros, q̃ es en lo que su-

pu-

(233.) *Ita Zeballos idem qq. n. 85. ibi: ita nuper iudicatur fuit, probât opinionẽ contra Dominẽ Doctorẽ Petrum de Carabajal Decanum huius Almæ Eclæsie Toletane, tanquam prapositũ fabrice ipsius qua vendit fundum cuidam Eugenio Montero pro certo pretio, & liberum ab omni censu, super quod constabat quod erant aliqui census redimibiles constituti, & petebatur, ut facere scripturam ut virtute ipsius ageretur pro pretio, ad tempus conventum, ipse vero, & eius advocatus intendebat venditionem esse nullam ex leg. 63. tit. 5. non tamen oposuit quod contractus non erat adimpletus ex parte venditoris; & tamen iudicabi; tamquam socius prætorum, huius Civitatis simul. Cum eo no teneri dictum Eugenium Montero adimplere contractũ ex parte sua nisi prius res bendita libera tradatur. Et in n. 86. & pluries ita cõsuluit, & patrocinium dedit que omnia sunt in uso quotidiano valde ut ita tota.*

pusieron harian los empleos, y no se pudieran nunca regular ganãcias fijas, antes siempre inciertas, y en estos proximos años, frequentes su perdida por la falta de vendejas, y esto con testigos de hecho propio: empero, faltando el derecho à lo principal, que es al precio, y no siendo Mercader, mal se le podrá considerar derecho á los interesses, ni aun los remotos, por los referidos fundamentos.

¶ 186. Empero, respecto à Don Francisco de Cardenas, que es notorio el derecho de retension, q̃ tene al precio de la Viña, hasta tanto que se le entregue libre de todos los gravamenes (234.) y es en tanto grado, que aunque se pactase expressamente por el dicho Don Salvador, avia de estar à la ebiccion, ni à la restitucion del precio. (235.) Siendo tambien notorio que no ha faltado quien assegure, que semejãte pacto, es invalido (236. esto aun considerandolo por el tiempo de su possession; pero no quando la Cõtrata como llebamos fundado, expressamente dize lo contrario, que fuè à no quedar obligado en tiempo alguno; que es mas restricto; demàs, que otros afirman, que estos pactos no obran cosa alguna, como si no fuessen puestos (237.) pero para mayor confucion de los que han supuesto, que la eviccion no es de essencia, y naturaleza del contrato, co-

(234)

Guzmã de eb ctionibus qq. 50. n. 7 ibi: Regula igitur est quod facta venditione si moveatur emptore lis in limine contractus potest emptor retinere pretium donec sibi cabeatur pro illa lita, & pro omnia alia.

(235.)

Ibidem Guzm. n. 8. ibi: ampleatur singulariter, etiam si fuit pactũ factũ inter partes scilicet emptorem, & venditorem quod venditor non teneatur de evictione nequead pretij restitutionẽ [sita à otros] vbi dici communẽ famem isto casu antequam solverit si imminet ebictio potest retineri pretium, & non solvere; quia sicuti fabetur reo exsipienti, ne teneatur restituens secundum cõventa: ita Fabetur actori, qui est reus in sua replicatione, & in n. 39.- 50.- 43. - 44. & 45.

(136)

Farinac. in tractatu de simulatione qq. 163. n. 13. Fontanela tom. 2 de pacti nũptialib. Claces 5. Glos 8 pars 14. n. 95. Guzm. *de evictionib. qq. 49. n. 2. ibi: nota quod pactum quodquis nõ vult teneri de evictione nisi pro suo facto edato tantum dilitur res ex hoc pacto minus valere.*

(137.)

Franciscus Bibiac Decis. 152. n. 3. lib. 1. Solinus: Rosental defendis: Surd. Decis. Mantica. Gomez de Leõ Decis. Hispalensis: Maranta: Nicolaus Motius: Cardinalis Thuscus: Peregrinus: Crabeta: Giurba Decius, & alij que congerit Guzm. qq. 43. à n. 5.

como al principio hizimos reflecciõ aora dezimos que semejante pacto de no quedar el vendedor obligado à la ebiccion, es contra la misma naturaleza del contrato. (238.)

¶ 187. Supuesto lo referido, y que aunque fuesse en el caso dudoso, y que en el dicho contrato se pudiera considerar culpa en ambos, (que de parte de Don Francisco de Cardenas) no se puede considerar, sino es quebrantando todos los expecificos fundimentos expressados) siempre se debe atender â la del vẽdedor, porque es mayor, respecto de que fuè à vender su alaja, à recibir el precio, y â no quedar obligado à cosa alguna, que en èl, fuè todo de hecho malicioso; y en Don Francisco, ni aun la de omision se le puede considerar, respecto de la ignorancia que tiene justificada (239) dando en todo la razon, por ser sabidor el vendedor de todas las qualidades de la cosa que vende: Y sobre el derecho de retension del precio llebamos fundado en los *Numeros marginales* 117.- 118.- *&* 119. y superabundantemente justificado el derecho, notorio de retener el precio el dicho Don Francisco, y Don Salvador Gallegos, no tener derecho à èl, hasta aver entregado dichas Viñas libres.

¶ 188. Tambien es cierto, que el deposito que se hallanô à hazer Don Francisco, sin perjuizio de

(238.)

Ibidem Guzman 43- n.6. verum in nito pactũ quod venditur non teneatur de evictione; quia hoc pactum est contra natural in cõtractas: (sita à muchos) *& in V. vtilien: ibi: vbidixi vidice consultũ per Exellentißimos Doctores hoc pactum non valere tãquan contra naturalem equitatẽ cum nemo debeat cũ iactura aliena locu plectari.*

(239.)

Ibidem Guzman qq.32 n.13. ibi: quia cum inter veniat incontractu culpa vtriusque, atenditur culpa venditoris quæ mayor est, *obquam, & rem, & pretiũ, & qua maior sit culpa qua in faciendo, quamque in omitendo cõmititur.*

sus derechos: fuè porque Don Salvador Gallegos, para extimularlo à que ciegamente le pagasse el valor de la Viña, derramaba vozes contra su honor, estimacion, buena Fama, credito, y opinion, que Don Francisco, se avia introducido en la Viña, y avia supuesto dichos creditos, y litigios, à fin de quedarse con el dinero en sus empleos, gozar los frutos, y los intereses; se hallanò Don Francisco, à hazerlo para que se reconociesse la buena fee, la Sala, lo admitiô, y lo mandò depositar, y se hizo con toda autoridad; y justificacion, numeracion, y fee de entrega, y aun mas de lo que debiò: Y, no fuè bastante para aquietar á Don Salvador; pues manifestò en la Sala, que el deposito que hizo Don Francisco, fuè supuesto en primero de Julio de 728. Y aunque D. Francisco, para que constasse la falsedad cõque se iba â engañar á aquel Tribunal, pidió reconocimiento de el deposito (de que yâ hemos hecho mension en los *Num.* 152. y siguientes de este Papel:). Y aunque se mâdô assi; no tuvo efecto â causa de q̃ por vn pedimento, q̃ presentó Don Salvador, dixo: *que era el deposito cierto, y que su Procurador sin su horden lo avia manifestado en la Sala*; y al mismo tiempo concluyó pidiendo se hiziesse el reconocimiento, aunque sin assistencia suya, por averse fingido enfermo: Y aunque Don

NOTA.
Provision de su Magestad, del dia 1. de Iulio de 728. se halla al fol. 269. quaderno 2.

NOTA,
Peticion de Gallegos fol. 285. del segundo quaderno.

Don Francisco, instô en que se hiziesse, lo denegò la Justicia, con e pretexto de la confesion que hizo Gallegos, en dicho pedimento: este miedo de perder Don Francisco, su honor causò el motivo de aver hecho el deposito.

¶ 189. Y como el animo de Don Salvador Gallegos, era persuadir, que el averse supuesto este por Don Francisco, era por retener el precio de la Viña, injustamente, para pedir los interesses, y que esto mismo lo hazia en otros negociados para probar la mala fee de Don Frãcisco: en la 10. pregunta del interrogatorio de Don Salvador, lo articulò assi: Y los testigos de que se valiò afirman la legalidad de los tratos de Don Francisco, y su buena correspondiencia: ellos prueban ser contra *producentem.*

¶ 190. Exceptuaronse Francisco de Leon, y Castillo, Escrivano, y Rodrigo de Mena, su Oficial mayor, quienes expressan todo lo que consta de la Nota marginal, á la letra; y por dicha cita se exsaminò al Don Francisco de Leon y Escalera, Corredor de Lonja; quien expressa *que aunque es cierto expresso en dicho oficio el referido lanze este es muy al contrario, de como lo suponen dichos dos testigos*, assi en lo formal como en lo substancial. Y siempre que el testigo, á quien se refieren diga lo contrario, no merezen fee, ni prueban

co-

NOTA.

Probança de Gallegos en la 10. pregunta, sobre que Don Francisco, no es seguro en sus tratos, los testigos de que se valiò, expressan lo contrario.

NOTA.

Probança de Gallegos: Francisco de Leon, y Castillo Escrivano de el Numero de Malaga en la 10. pregunta, expressa, que D. Francisco, siempre buscaba pretextos para no cũplir los tratos, y al mismo tiempo confiessa q̃ *es hombre de bien y muy cabal en ellos: y q̃ avia faltado á un negociado q̃ avia expressado en su oficio D. Francisco de Leon y Escalera.*

Rodrigo de Mena, *su oficial mayor, 10. pregunta, dize. q̃ D. Frãcisco de Leon y Escalera, Corredor, dixo en su Oficio, q̃ avia hecho algunos negociados con D. Francisco de Cardenas; y q̃ porque este se avia retirado se valia de otros Corredores, le hablò reconviniendole, que como se extrabiaba dèl, aviendo siẽpre cũplido bien en los que avia hecho por su mano, á que avia respondido D. Frãcisco de Cardenas, q̃ sus tratos eran buenos, pero que quedaban muy cerrados, y que no*

queda una callejuela, ó abu ero por donde meter vn poco la mano, y que esto lo contò con el motivo de este pleyto, y que le celebrò, y riyò.

D. Francisco de Leon y Escalera, *Corredor, dize: es cierto que en dicho oficio contò el lanze, que le passó con Cardenas, en la Playa, con el dicho D. Francisco; tratando sobre dependiencias, y negocios,* que le dixo D. Frãcisco de Cardenas, que los negociados, que dicho Corredor le avia hecho, eran siempre muy seguros, firmes que no les avia dexado capacidad, para que las partes pudiessen entrar la mano; â que este testigo respondió: q̃ si en los negociados, que avia hecho por su mano avia tenido algũ cõtratiempo; â q̃ le avia respondido D. Frãcisco de Cardenas, q̃ no. (240.)

Textus in leg. si false vel varia ff. de textibus.

(241.)

Farinacio lib. 3. tit. 7. qq. 64. n. 15. sublimitacion 2. ibi: eamdem primam limitationem nõ procedere quando textes loquerentur taxativê, quia tunc si vnus deponat plus altero nichil probant edicuntur contrarii.

cosa alguna, como lo llebamos fundado en los testigos de esta especie, en los numeros marginales de esta alegacion 174. y 175. esto, demás de la oposicion, y variedad, que ambos, à dos testigos tienen entresi en el modo de deponer el referido lanze al dicho Corredor, que esta era suficiente para que no mereciessen fee; respecto de ser de igual estimacion la variedad, que la falsedad por derecho. (240.) Demâs, que aviendo depuesto ambos á dos testigos taxatibe del referido lanze, que dizen oyeron al dicho Corredor, deponiendo vno el referido lanze diverso de él, lo que el otro, dixo: aver oydo; siendo incierto que no lo oyeron, como lo depusieron, no merezẽ fee (241) esto demâs de aver justificado el D. Francisco de Cardenas, con el numero de 23. testigos, sus buenos, y legales tratos, y fieles correspondiencias en todos ellos, conque siempre ha mantenido su buena fama, credito, y opinion; la que se le ha ido à denigar por tan injustos medios; y por evitar este perjuyzio, hizo el dicho allanamiento sin perjuyzio de sus derechos, y como sea igual el perder el honor, fama, y reputacion; y en especial en vn hombre de Comercio, que consiste todo su caudal en la buena, y legal correspondiencia, por mas que superabunde en êl, por cuyo medio; y ver si podia escusar se le ofendiesse dél, hizo el dicho depo

posito por ser futuro daño, que no debiò esperar el golpe de èl, como doctissimamẽte expressô el Sr. Salgado, (242.) y este daño se llama miedo justo (243.) y que baste, que probablemente lo dudasse (244.) y esto es, aunque no se ayga seguido el efecto (245.) respecto de bastar vn temor probable, y que esto lo assegure con juramento. (246.) En este Pleyto, consta que desde luego se le empezò â denigrar su credito, fama, y opinion, sobre el precio de dicha Viña; y que no obstante averse hecho el deposito, no se ha cessado en continuarle el disfame; luego probado el justo temor que tuvo Don Francisco, y le moviô aver hecho el deposito: en cuyos terminos aviendo hecho el dicho deposito cõpelido de esta necessidad, no induce renunciacion de sus derechos (247.) En cuyos terminos ha conservado su accion, y derecho á la retension de el dicho precio de la Viña, segun, y como lo hemos fundado: y aora passarêmos à fundar el justo derecho, q̃ tiene à los interesses de que se ha pribado, por el medio de este deposito, y concediendosele por derecho al dicho Don Francisco, la retension, que es el antecedente, es precisso concederle el consiguiente. (248.)

¶ 191. Para assegurar mas esta question, es necessario reconocer, que especie de deposito es la q̃ hi-

(242.)

Dom. Salgado de Retent. 1. pars cap. 16. n. 2. ℣. quod timetur ibi: quod timetur de venturo damno, nec tenetur expectare quod autualiter si illatum.

(243.)

Ibidem Dom. Salgado n. 4. cum multis. (244.)

Ibidem Dom. Salgado num. 5.

(245.)

Glos. in cap. bona el 1. de electione ℣. Metuebat ibidem Dom Salgado n. 6. (246.)

Ibidem Dom. Salgado n. 12. ibi: & ad defensionem dicitur pactũ eo ipso quod probatur, verosimilia timor, & periculum probabile, &c. Et iste iustus timor debeat probari iuramento partis, asseverantis ad suam defensionem fecisse. (247.)

Ripol variarũ resolutionẽ cap. 12. de Recusatione à n. 95. cum multis seqq.: Mieres de mayoratibus 1. pars qq. 26. Scatia de appellationibus qq 17. limita. 2 n. 41. & 36. ibidem Dom. Salgado 2. pars cap. 17. n. 54. ℣ Hinc comparatio: ibi: hine cõparatio seu alius actus factus iuris nessesitate non voluntarie, non inducit renũtiationem, nec consensum.

(248.)

Textus in leg. 2. ff. de iurisditione vnum iudic leg. ad rem mobilem leg ad legatum ff de procuratoribus: ibi: antecedenti cõsen-

hizo Don Francisco de Cardenas: si es regular, ó irregular, porque entre si, tienen diversos efectos; y respecto de que consta, que el dinero, y valor de la Viña, integro, y numerado se puso en vn Arca de tres llaves en el Real Convento del Señor Sãto Domingo, de orden de la Real Chançilleria: este se llama regular, cuya distincion dió el señor Olea (249.) con el motivo de tratár la question, *Vtrum*, si el depositario pagasse en virtud de letras falsas, en q̃ qualesquier hombre perito pudiesse ser engañado quedaba libre: à diferiencia del deposito, y regular.

¶ 192. Y dà la razon el señor Olea, fundandola en que el dominio del dinero depositado permanece en el que hizo el deposito, y assi el caso fortuito, ô el hurto que sobreviene sin culpa del depositario, q̃ acontece este daño, lo recibe el que hizo el deposito (250.) respecto de permanezer el Demonio en el que lo hizo.

¶ 193. Supuesto lo referido, y que el peligro de la suerte principal, es, por quenta del dicho D. Francisco de Cardenas, puede recibir, y debe interesses, por razon de este daño, y peligro de que en si recibe; (251.) segun el comun sentir de Theologos, y Juristas, y es licito.

¶ 194. Tambien no se puede negar, que Don Francisco de Cardenas, es hombre de Comercio, de la pri-

senso conceditur, & consequens. Menochio de præsũtionibus presunsiõ 68. n. 6. Fusario de substitutionibus qq. 241. n. 67. & qq. 480. n. 21. Surd. Decius 7. n. 5. Gonzalez ad regulã 8. Chanzelariæ glos. 3. n. 53. Scobar de Ratiotinÿs cap. 25. n. 11. D. Salg. de Retentione 1 pars cap. 16. n. 46.

[249.]

Dom. Olea tit. 5. qq. 9 n. 15. ℣. sub distinguendum: ibi: subdistinguenerit, ande positum pecuniarum regulare, vel irregulare sit: nã si sit regulare (quod contrahitur quando obsignata, & in saculo pecunia tradetur vt eodem corpore redatur) Antonius Amat. resolut 20. n. 2. Hermosilla in leg 2. tit. 3. part. 5. glos. 3. & 4. àn. 8. Castillo lib. 3. controv. cap. 23. Larrea decis. 14. n. 35. Acosta de privileg. credetorum reg. 1. amplia. 12 à n. 3. quod regulare depositum verum, & Reale appellantur interpretes de quo in leg. Lucius: leg. si saculum leg. licet § Rey ff. de depositi leg. 9. tit. 3. part. 5.

[250.]

Ibidem Dom. Olea tit. 5. qq. 9. n. 16. ibi: ratio est quia cũ in hoc deposito, re deposita Dominum penes deponente maneat dicto §. rei deposite ita ut in concursu ad bona depositaris num mos vindicare posit. leg. si vẽtri ff. de privilegÿs creditorum leg. si isque Cod. de depositi. Barbosa, Molina, Larrea, & alÿ, quos laudat Acosta dicta ampliat. 12. n. 5. D. Salg. in laberint credit 1 parte cap 11. n. 108. & à n. 34. & cap. 19. n. 38. inde est vt casus fortuitus, furtum præter culpam depositari contigens, debeat cedere periculo deponentis: leg. quæ fortuitis 6. Cod. de Pignaritia actione: Antonius Fabro lib. 8 conicct. cap. 16 circa medium: Hermosilla, in leg. 4. tit. 3. part. 5. glos. & in fine, latissime Larrea vbi supra. Et vide à Rodriguez de Retibus lib. 3.

qq.

Primera estimacion de este Pueblo, que quando compró la Viña, ô tratò de ella, fuè en la inteligencia de que se le venderia Alaxa, en donde fuesse su compreda, y venta de buena fee, y que no huviesse intervenido el referido dolo; pues yà que apartaba, tan crecida cantidad de su Comercio, y dexar abundantes ganancias, no fuesse tan aventurada à tan conocidos riesgos, y peligros; pues se halla mandado poner la Viña en Administracion, su dinero depositado, y con tantos. y tan repetidos gravamenes, quando con su dinero en poder de Don Francisco le fuera mas vtil que aun la dicha Viña (fuera oy libre de estos gravamenes) respecto de que el Comercio, se criò para destruir necessidades, con sus abundantes ganancias (252.) ello se introduxo en favor de el bien publico, y de la publica vtilidad. Ni avrá quien diga, que el Comercio, no es vtilissimo, como lo declarô la Santidad del Señor San Pio V. (253.) lo expressaron nuestras leyes Reales (254.) y el gran beneficio, y augmento que reciben los Pueblos, y asi lo enseñô Platon en su Monarquia (255.) y Zalzedo de contrabando, quien refiere muchas lustrosas Ciudades, que le favorecen, y por exercer el Comercio, no se pierde la nobleza, ni se disminuye en cosa alguna (256.) y esto mismo sucediô en lo Antiguo; pues nada atrasô las ilus-

qq. 11. per totam & in lib. 1. qq. 13. n. 21. in principio

(251.)

Ita lectio lib. 2. cap. 20. dub 13. n. 111. ibi: vtrũ rationem periculi sortis vel dificultatum aut expensarum quæ in ea recuperanda metuũtur licet aliquid vtra sortem exsigere, respondeo absolute; id esse licitum Cardinalis Lugo Disput. 25 sect 6. n 76. Bonacina decõtractib Molina: Iuan de Medina: Angelus: Petrus Navarrus: Corduba: Diana, Castro Palao, Valencia: S. Thomàs opusc. 73 cap. 10.

(252.)

Escacia de Comercio §. 1. qq. 7. part. 2. Amplia 8. n. 19. quis enim nostrũ ignorat inumera odiæ necessitate vrgente, esse inventa comertia, & modos negotiandi suas pecunias.

Menochio 1105. n. 1. quod favore publico pro comuni bono publico, & vtilitate invente sunt merdine, & mercatus. Ciriaco Nigno controversarũ 176. n. 11. Publica vtilitas versatur in conservandis comersis.

(253.)

Constituciõ del Sr. S. Pio V. del año de 1570. al 6. de su Põtificado: ibi: quẽ necessitas, & publica vtilitas induxit

(254.)

Lex 1 tit. 13. lib. 3. de la Recop ibi: Quando cũple à nuestro servicio y al bien, y pro comun de nuestros Reynos. el conservar el trato de la mercaduria: ley 4 tit. 5 part. 5 ibi: las Tierras, y Lugares en que vsan los mercaderes à llevar sus mercadurias, son por endemàs ricos, y mas abundantes è mexor pobladas, è por esta razõ deben plazer à todos con ellas.

(255.)

Platon, en su Monarquia lib 8. de legibus: Salzedo de contravãdo cap 2. n. 37.

(256.)

Matheus Sthephanus de iurisdictione pars 1. lib. 2. cap. 7. Memb. 2. n.

39. ibi: vt etiã noviles se huic exercitio sine vlla dignitatis diminutione immesere tudeant : immo ob id mercatoribus comersia amplia, & imprimis maritima tractantibus dignitatum, vt ipsius nobilitatis portas aperiant: sequitur, & Masquardo de iure Mercatorum lib. 1. cap. 10. n. 19. Gutierrez lib. 1. practicarum qq. 137. n. 15. Tiraqq. de Nobilitate cap. 33. n. 11. Strach. part. 2. n. 8.

(257.)

Rodericus Dudravecus lib. 9. cõstitution: Bohem. ibi: qui penichil offecit nobilitati Marci Tullij Ciceronis, nil nobilitati Marci Emilij Scauri Principij temporibus velle supurtini quod illius consulis Roma Potentissimi Pater Mercator fuerit, Rudolfum Bohamie Rex, *Alberti Cessaris filium negotiationis in Argentis fodinis Cathu ensibus exercicisse.*

(258.)

Marquardo lib. 1. cap. 10. n. 24. ibi: Multisane Principis odia in opinione vivunt nullum questum magis legitimũ esse, quam qui ex mercatura percipitur, & contrarium dentes irridũt, & in n. 22. ibi: ex hoc exepto Regñ Hispania, venetorum, Ordinum Belgij, & Geneventium.

(259.)

Cardinal Cayetano Add. Stus. Thomàs 2. 2. qq 78. Artic. 1. ibi: quia peccunia est instrumentum ad lucrandum. Quando vtitur, ex industris negotiator. Et sic iste se habent ad pecunias sicut alij Artifices ad instrumẽti sue Aris. Ita sequitur. Leotardo de vsuris qq. 74. n. 39. Bana ad Stus. Thomas 2. 2. qq. 78. Artic. 2. fol. 387. Miguel Salòn add. ibidem 2. 2. qq. 78. controv. 9. n. 4.

[260.]

Honrato Leotardo de vsuris qq. 74. n. 36. ibi: vnde negotiatores dicũtur pascisci, & vivere ex lucro.

lustres soberanias de *Marco, Tulio, Ciceron, y Marco Emilio*, lo mismo à *Rodolfo Rey de Bohemia*, hijo de *Alberto Cesar*, que fuè de el Comercio, (257.) por lo qual se vèn muchos Principes que tienen la negociacion por el mas legitimo augmento, sin el menor detrimento de sus grandezas, y explendores (258.)

¶ 195. Instrumento de la felizidad llamó *Aristoteles* al dinero, *felicitatis instrumenta*; instrumento de las creces, y ganancias del Arte Mercantil, y de el Negociador, es el dinero; tiene el hombre de Comercio otro Artifice, ni otro instrumento para augmentar su caudal que el dinero? A este con su aplicacion, è industria debe la opulencia, y su aumento. Y assi como los Artifices se mantienen, y augmentan su caudal con sus instrumentos, assi el hombre de Comercio con su dinero. (259.)

¶ *196.* Aviendo depositado Don Francisco de Cardenas, todo el preçio, y valor de la Viña, mediante el mandato del Principe, quedo pribado del lucro, y expuesto al daño del principal del dinero al mismo tiempo que ha padecido el daño de averle pribado de el lucro, è interesses, que es el modo de vivir, que tienen todos los hombres de Comercio en sus negociaciones, como lo expressa *Honorato Leotardo de vsuris* (260.) y que es iniquo, y temerario pribarles de estos justos interesses.

¶ 197.

¶ 197. Y por esso el *lucro cesante* proximo, y verosimil no es menos estimable, y se mide con la propia regla, q̃ el *damno emergente*, cõ especialidad à *los hombres de Comercio*; Y assi lo sienten el comun de los Theologos, y Juristas (261.) conque siendo daño igual al hombre del Comercio, el perder el lucro cesante, como es el que se le sigue de estàr expuesto à las contigencias su principal depositada al damno emergente, por las mismas razones tiene igual derecho à los interesses que ha perdido, y se le ha pribado de ellos, mediante el dicho deposito, y hasta que se le mande entregar; pues mientras, està pribado de ellos; lo està al mismo tiempo, embarazado con vn Plèyto, tan ruydoso.

¶ 198. Es necessario assentar, y distinguir, que *interesses*, y *vsuras* no son vna misma cosa, sino muy diversas. (262.) Como se distinguen por derecho los interesses, solo mirar, y tienen el respecto à recompẽsar al Comerciante, lo que probablemente perdiô de ganar con su industria, y negociacion, que es à lo que se debe atender, respecto de aver justificado plenamente el dicho Don Francisco, que es vno de los Mercaderes de mas grandes, y crecidos empleos, por si solo, que es en el caso de que se le deben dichos interesses, (263.) y esto no es por el vso del dinero, sino por la compensacion de el

Iullio Capom Descis. ferentiũ 299. n 5. atu negotiascetes alquias & publicas mercaturas .exercerenoscuntur per quam iniquum, & temerarium esse lucro per vari; ex quo vivere, & pacisci dicũtur. Dom. Castillo lib. 2. quot controv. cap. 1. n. 29.

(261.)

Iullio Capõ t. 5. Discep. 399 n. 5 ibi: Pracipua mercarores publicas negotiationes, & comertia exercenies in quibus lucro magis damno emergenti, vicinum, quam lacrum cessantis dicitur Bonacina de contractibus tom. 2. Disput. 3. púnt. 4. propos. 2. n. 12. ibi: tunc quia lucrum cessans, non est minus pretio extimabile quam damnum emergens: Narbona lib. 5. leg. 15. glos 4. tit. 18. àn. 11. ibi: cum non minus hoc quam illud preti stimabile sit erè magis tenetur à lucro obtinère quam à damno. Castro Palao Disput. 4. punt. 15 n. 3. & enim lucrũ cessans non est minus pretio extimabile quam damnum, cum alijs.

(262.)

Leg. 2. in fine ff. de eo quod certo loco: ibi: siquidem vsura, & id quod interese maxime diferunt; leg. sotũ qui 60. § 1. ff. Prososio: leg. illud 29. ff. de adelitto adicto. Leotarde de vsuris qq. 72. n. 41. & in qq. 2. n. 37. ibi: Denique non est vsuris, sed id quod inters est quod sep ratum est ab vsura. Jullio Capom tom. 5 Discep. 399. n. 4. ibi: longe enim deferunt vsura ab interesse lucri cessantis: Menoch. de arbitrarij lib. 2 sent. n. 21 fol. 227. D. Matheu de Recriminali. controvert. 40. n. 47. ibi: Nam licet verum sit, quod id quod inters valde defert ab vsura, & alij.

(263.)

Iullio Capom tom. 5. in predicta descep. 399. n. 4. fol. 408. ibi: hoc vero ipsius creditoris respecit emolumẽtum,

tum. quod provenire poterat, ex ipsa pecunia mediante tamen, ipsius opera, & industria. Leotardo 1. part. lect. 2. n. 16 in vero quod interesse est, non ex sola mora provenit sed ex eo quod inde damnum patitur vel admitit lucrum, & alij.

(264.)

Narbona leg. 15 glos. 4. lib. tit. 18. Recop. ibi. non ob. usum pecuniæ, sed in compensatitnem detrimenti acsipitur, cui nemo se ob alterius commudum exponere tenetur.

(265.)

Narbona loco proxime con el Sr. S. Thomàs 2.2. qq 78. Art. 1. Molina Dispat. 314. lib. 2. & alij.

(266)

Eneas Robert. lib. 2. res ludicat cap. 16. fol. 48. ibi: Nichilque est quod mercatores magis vexet, quã si solito forentium hominum more iuditia contrahantur.

(197.)

Raphael de Torres de Rote Romana Decius 114 n. 10. non enim in materia tassationis attenditur quod aliquando fit sed quod communiter, & verosimiliter fieri potest, & alij adamna, & interesse est, & Gaspar Rodriguez de Annuis Reditibus lib. 3. qq. 5. n. 25. ℣. verum ibi: verum alij plures, & gravißimi DD. arbitrantur petentem huiusmodi, interesse non teneri probare predictum lucrum fuisse in potentia certa eproprinqua, sed satis esse si pro se fuisse, & esse nogociatorem eiusmodi eius mo-

detrimento que se sigue, ò daño, que ha padecido, y padece el dicho Don Francisco, aora sea en el lucro, ò agmento que ha perdido. (264.) Y la razon fundamental, y de Justicia cõmútativa que dan todos los AA. Thelogos, y Juristas, es, porque los interesses se deben por la consequencia de el daño, que sobreviene, ó puede sobrevenir, ò logro proximo, que ha perdido en sus empleos, si los huviera retenido en su poder. (265.)

¶. 199. El quanto de dichos interesses, aunque no se puede dar punto fixo, como ha probado Don Francisco de Cardenas, no respecto â estos si solo respecto á los empleos de passa, y vino: empero Don Salvador Gallegos, articulô en su probança que en manos de vn Comerciante de fructificarian, vn catorze por ciento, y si á este respecto, se huvieran de tazar, era suficiente, y mas constando quien ha dado causa á este litis, es el dolo de dicho Don Salvador, en dicha Contrata, que es lo que mas lo perjudica al hombre de Comercio, y mas le molesta, es el tener pleytos, como expressó Eneas Riberto. (266.)

¶. 200. Y assi en la materia de *lucro cesante*, confessamos, que ha de ser regular su tazacion, á lo que mas frequente suele suceder (267.) y al advitrio prudente consideradas, y pesadas todas las circunstancias que dexamos expressadas, para fundar el derecho, que ha expressado tener á di-

chos

ches intereſſes, que ha dexado de percibir, correſpondiente â la cantidad depoſitada; de cuyo derecho de retenſion ſe le ha pribado aviendo dado cauſa â todo; el referido dolo de dicha Contrata. (268.)

¶ 201. Y aunque la parte no huvieſſe pedido la condenacion de coſtas, y la de dichos intereſſes; con ſolo la clauſula tan repetida en los pedimentos, y ſus concluſiones, en que Don Franciſco, ha pedido Juſticia de oficio, ſe puede hazer eſta condenacion (269.) y lo miſmo quando intervino dolo en el contrato, como inſidiô en eſte, y eſtà plenamente juſtificado; y aunque para todo lo expreſſado en eſte Azerto, era neceſſario vn volumen entero para tocarlo de exprofeſſo, nos poreciô, que para con los inteligentes baſtavà lo expreſſado, para que nos ſirva de diſculpa, à los q̃ deſſeamos la brevedad, con lo que dexamos concluido en eſte Azerto.

AZERTO IIII.

EN QVE SE FVNDARà, Y PRObarà, que la venta de los frutos, qué Don Salvador Gallegos, hizo en la dicha Contrata á Don Franciſco de Cardenas, contuvo lecion enorme, y enormiſſima, y que à la Caſa de la Viña, ſe le debe dar vn precio regular, conforme á las tierras, y Viña, y ſegun el eſtilo, vſo, y conſtumbre, baxandolo del principal valor, y precio que ſe le diò à la dicha Viña.

¶ 202.

modi qualitates, & conditionis quod vero ſimiliter lucraretur iterum quia ſimiliter lucrantur. & conſueuerant lucrari ſimilis qualitatis mercatoris: tum tolgenim ii, & eſt: ibi: poſt n. [illegible] & alios quos refert volunt iudicis ad arbitrio relinquit qui diligêter inſpecta iudicet quomodo intereſſe lucri ceſſantis ſit probandum; & in n. 20. & ſeqq.

(268.)

Guzman de evictionibus qq. 13. n. 45. ibi: ampliatur quod obligatus de evitione vltra reſtitutione in pretij tenetur ad damna & intereſſe, & in n. 50. Y no ſolo en las coſtas, ſi tambien en las expenſas, y gaſtos perſonales, in n. 34. ibi: vt enim tamê advertendum eſt quod perſonales expẽſæ in Regalibus Audientiis notorii eſt vt expendantur lex 8. tit. 5. part. 5. Antonius Theſſaurus deciſ. 67. & ibi: condenatione expẽſarũ non ſolũ proceſſales ſed perſonales venire de eſtilo Tribunalium ſuperiorem. Et alij quos cõgerit. (269.)

Ibidem Guzman qq. 13 n. 85. ibi: Reſtrigenda eſt hac concluſio primo quod iudex poteſt condenare partem in fructibus, & intereſſe, & expenſis licet aparte non petatur, hoc ſaltem ex clauſula lebelli peto iuſtitia miniſtrari.

(270.)

Contrata: ibi: Y en este mismo dia 31. de Agosto, con intervēcion de personas inteligentes, y â satisfacion de ambas partes, *por aver visto, y passeado dicha Viña,* he ajustado, y vendido, *al dicho D. Francisco, los exquilmos pendientes de ella (esto es de las que ván vendidas, y compradas) en precio liquido de 21H600 reales, q̃ me ha de pagar siempre q̃ se los pida, y acra de cōtado recibo del dicho D Francisco, por cuenta de dichos frutos 6600. reales de que le doy en virtud de este recibo.*

(271.)

Memoria de la Regulaciō de frutos. que diô, dispuso, y notò D. Salvador Gallegos, y escriviò D. Joseph de Olivera, su sobrino.

Por 150. arrobas de harina à cinco reales	750.
Por veinte Rezes.	400.
Sal, azeyte, y demàs adealas.	240.
Por 300. peones à 16. qtos.	560.
Portes de 4000. arrobas de exquimo.	2000.
(272.)	3950.
Por 4H. arrobas de vino, y passa à seis Rs.	24000.
Por 400. arrobas de agua pieses à 4 reales	1600.
Uba de vidueños queda fuera para q̃ se parta para regalar.	21600.
y quedan baxados los gastos.	

NOTA.

21H600.
13H200.
8H400.

150.

¶ 202. Para fundar este Azerto, es necessario hazer mension de la clausula, que sobre este particular expressa la dicha Contrata, porque en ella se fundan las partes (270.) que es a la letra lo que de ella consta.

¶ 203. Tambien es constante que en el mismo dia, antes de la Cōtrata, el dicho Don Salvador, hizo vna memoria de los gastos, que eran precissos para alzar los frutos en la vendimia (271.) y despues passô â regular los frutos que producia dicha Viña, que fuè en la forma siguiente, expressada al margen. (272.) Despues en el referido papel de regulacion de frutos, de letra del dicho D. Salvador, que assi lo tiene confessado puso en tres partidas los guarismos, q̃ expressa la Nota del margen, y lo que significan, ó manifiestan, dize el dicho Don Salvador, no haze mension.

¶ 204. Don Francisco deCardenas, presentô esta memoria, pidiò la reconociesse Don Joseph de Olivera, y Don Salvador Gallegos: Don Joseph de Olivera, en la declaracion que hizo el dia 26. de Junio de 728. Dize: que la letra, y guarismos de el referido papel, estan executados por su mano, y que es el mismo papel q̃ se hizo, y escriviò, el dicho dia de la Contrata, *cuya formacion fuè de orden de Don Salvador Gallegos*; como assimismo de la de Don Francisco deCardenas; pues ambos se hallaron presentes; y que en quanto á la regulacion

cion de los frutos en dicha ocasion; le dixo el dicho Don Francisco à *Don Salvador, que le avia de vender*, el esquilmo pendiente, y *el referido le respondiò, que sì, con tal que fuessen 4U. arrobas*, y el dicho Don Francisco, se consintiô en dicha proposicion; y entonçes se formo el papel.

¶ 205. Don Salvador Gallegos, en la probança que hizo examinados Fr. Ambrosio Lopez, D. Joseph de Olivera, y Juan Ximena, el mayor, su Capataz expressan que la venta de los frutos que se vendieron por el dicho Don Salvador, al dicho Don Francisco, fué por cõsentimiento de ambos solo el precio que se reguló: como lo expressan en la 5. pregunta de su interrogatorio.

¶ 206. Don Francisco de Cardenas, en la 8. pregunta de su interrogatorio, justificò con el numero de 23. testigos, la ninguna inteligencia que jamás ha tenido en Viñas, y menos en regulaciones de frutos pendientes, y que assi las personas, y muy versadas no son capazes de hazerlas â punto fixo; y assimismo, ha justificado, que la dicha Viña vendida no es capaz de producir las 4U. arrobas de esquilmo en la 9. y 10. pregunta; y que jamàs ha producido mas que las mil arrobas, y algunos de hecho propio, que en las de comprar el

esquilmo, no darian por èl mas q̃ lo que correspondiesse à las dos mil arrobas.

¶ 107. Contra cuya prueba, hecha por el dicho Don Francisco de Cardenas, sobre el exquilmo regular, que produzen dichas Viñas, por Don Salvador Gallegos, no se ha hecho prueba alguna, en orden á justificar, que son Viñas, que pueden producir las 4U. y quatrocientas arrobas de exquilmo, y aun dàr cinco mil, como supuso Don Salvador Gallegos (273.) de forma, que como solo fuè Don Salvador Gallegos à justificar, el consentimiento en los dichos testigos, que llevó prevenidos para la Contrata, no puso el objepto à justificar otra cosa alguna. Que es todo lo que resulta justificado por vna, y otra parte, sobre la venta de estos frutos en los autos.

¶ 108. Para el mejor acierto, antes que lleguemos hablar, y expressar lo q̃ resulta de vna, y otra prueba; sobre si se ha justificado la *lecion enorme, ó enormissima* (que es en lo que se funda este Azerto) serà bien explicar quando se comete la vna, y quando se comete la otra, y en que cantidad ha de consistir el daño, ó perdida, para que conforme à ella se reconozca si se cometiò la enorme, ô enormissima lecion.

¶ 109 La enormissima lecion se comete, quando la cosa se ven-

(273.)
Declaracion de Gallegos fol. 157. del primer quaderno, en la qual confiessa, que aviendo visto Cardenas, la Viña, y passeadola cõ Iuan Ximenez, su Capataz le rogò, é instò à que se vendiesse dichos frutos, aunque á ello se resistiô Gallegos (cuydado, que en esto vá contrario con lo que declarô D. Joseph de Olivera, su sobrino, sobre la condiciõ, que este expressa, que se efectuò dicha venta de frutos con tal que se avia de regular por quatro mil arrobas) *y de consentimieuto de Cardenas, se hizo la tazacion, que expressa la Contrata, porque la Viña, manifiestaba en aquella ocasion mas de 5U arrobas de Fruto*

Declaracion de D. Ioseph de Olivera en la misma expressada Quaderuo 2. fol. 250.

vendiò en mas, ó menos de el justo precio (*à que llamamos vltra dimidiam iusti pretij*) en mas, como si la cosa valia en su justo precio 10. y se vendió por mas de 15. y en menos como si valia justamente 10. y se vendiò en menos de 5. Esta es regla cierta difinida por los mismos exemplos establecida por nuestra ley Real (274.) sin que por esto tenga mas falencia, que en la venta de los bienes de menores (275.) en lo qual son conformes sin disputa.

¶ 210. La enormissima lecion tiene variedad entre los DD. cerca de la cantidad en que ha de consistir el daño, y perdida *de quo contro versum est apud omnes iuris interpretes* tan antiguos, quan modernos.

¶ 211. *Alij, enim, enormissimam lesionem constituit in triplex, vel quia in plo iure afirmantes, quod lesio exsedat triplum vel quadrupla pretij, vel valoris rei normissima lesio sit iudicanda.* (276.)

¶ 212. Otros fueron de sentir que la enormissima lecion, avia de consistir la decepcion, ò engaño quando la cosa valia quatro, ò cinco, se avia vendido en quinze, q̃ avia consistido en dos partes, ò mas el engaño; cuyo sentir es del señor Gregorio Lopez. (277.)

¶ 213. Otros son de sentir, que la dicha *lecion enorme, ô enormissima lecion*, que se deben regular segun

(274.)

Leg. 1. tit. 11. lib. 5. Recop.

(275.)

Lex 2. eodem tit lib. Recop lex Rem maioru Cod. de recin denda venditione lex 56 tit. 5 p 5. vbi Hermosilla glos. 7. à n. 17. Dom. Preces Covarrub. Variarũ lib. 1. cap. 1. n. 13. Antonius Gomez variarum tom. 2. cap. 2. de emptione, & vendit.

(276.)

Hic sunt Scobar de Ratiocinijs capit. 6. n. 9. Capitim Decijs 24. Parladorio in sex qui centuria Differentia 114. infine. Cabed. Decius 70. n 1. Dom Molina de Primogenijs lib. 2. cap. 3. n 18. & lib. 4. cap. 9. n. 36. Morquecho de Divitione bonor lib. 4 cap. 3. n. 46. Gebrel Decius Dolanense 80. n. 1. & Decius 28. n. 20 ibi, enormissiman lesionem semper ad vitracatur fuit Senatus eam esse que bessem, & codro dantem totius excedit argumentũ in leg Lutius §. final. ff ad Trebelianũ: Sosinlumior consf. 144. n 31. volũ 2. D. Castillo de tertijs tom. 7. cap 18. n. 89. Hermosilla in leg. 56. tit. 5. glos. 11 & glos. 12. n. 6. vl. ra tres, & quatuor partibus.

(277.)

D Gregorius Lopez in leg. 56 tit. 5. part. 5. ✝. mayor de 14. años: Cancerius 1. Paez variar cap. 13. de emptione, & venditione, n. 43. Philipus Cornetns consf. 124.

124. volumen 3. Hermosilla alios cõvocans dicta glos. 11. & glos. 12. n. 7. Escobar de ratiotinis computation 6 n. 11. & in n. 32. ibi: non tertamen Pincianus Senatus cõstractibus correspectibis venditionis, & si melium regulanter illam enormissimam letionem arbitratur, quando emptor pro revalentem 10, triginta præstavit venditori, vel, & contra quando vẽditor vendidit rem valentem triginta, pro minus decem, &c. Et ita in iudicando, & consulendo sequenda erit cum sufficit autoritas nostri Senatus pro licet non habeatur pro leg. tamen iusta comunis observantia habetur prœstilo Curiæ quæ omnino vt lex exservendus explutibus quæ expropósito ad ducit Antonius Thessaurus Decis. 1. n. 9. quem videas.

Sequitur Dom. Covarrub. lib. 2. variarum cap. 4. n. 5 Bursat cons. 168. Grammat. Decius 9. n. 3. & Decius. 198. in fine: Ojasco Decius 77. n. 13. & alij Relati: à Dom. D. Juan del Castillo, de tertijs dicto cap. 18. n. 85. Hermosilla dicta glos. 11. & glos. 12. n. 8.

(278.)

Videlicet Menochi de Arbitrariis cap. 74. n. 1. Valazco de partitionib. cap. 39. n. 50. Giurb. decis. 110. n. 3. Y. consistorum Dom. Castillo de Tertijs cap. 18. n. 91. Hermosilla vbi supra.

(279.)

Quaderno 1. fol. 281. Buelta, & 297. y 298. Declaraciones de Juan Lopez, y Juan Ximena, frutos que se cogieron el año de 726. que fuè el de la venta 1382. arrobas de vino seco, y 50. de aguapie.

gun el advitrio del Juez. (278.)

§. 214. *His supositis*, para devenir â la formal quenta, para ajustar la lecion es necessario, assimismo, suponer, que por el año passado de setecientos y veinte y siete Don Francisco de Cardenas, pidió à la Justicia, que respecto de estar en sèr los frutos de la Viña vendida, qne era necessario conducirlos á esta Ciudad, y que Don Salvador Gallegos, estaba fuera de ella, que se nombrasse persona a vér medir el dicho fruto, y sacarlo, y con efecto se nombró de oficio, à *Juan Lopez, por Don Salvador Gallegos, y por Cardenas*, à *Juan Ximena el menor su Capataz*: Y con efecto, aviendo assistido ambos, hizieron sus declaraciones (279) por las quales consta, que se cogieron en dicho año de 726. *mil trecientas y ochenta y dos arrobas de vino seco, y cinquenta de aguapiè*, de forma, q̃ â este respecto importan las 1382. arrobas à seis reales 8292. reales, y las 50. arrobas de aguapiè 200. reales, y todó *ocho mil, quatrocientos y noventa y dos reales*, y baxados los tres mil novecientos y cinquenta de los gastos de alzar dichos frutos, quedan liquidos 4642. *reales, hasta los* 21U600. *reales*, que pagò de los frutos: pagó demás 16U958. reales, mas de tres partes, efectivamente pagados.

¶ 215. Pero porque no solo

lo

lo â vna cuenta reduzcamos la prueba de dicha lecion, ajustada à los mismos autos; si se atiende á la declaracion de Gallegos, de que và hecha mension en el numero. 207. y numero marginal del, dize: que la Viña, manifestaba en aquel a ocasion mas de 5U. arrobas de esquilmo, y que assi se lo manifestô à Cardenas: esto seria para introducirlo en la compreda. A este respecto importaban *los frutos* 30U. *reales*, y segun la cuenta antecedente, se le supuso de valor mas â los *frutos* 25U348. *reales*, justificado estâ, que no es Viña, que aya podido, ni pueda producir *las cinco mil arrobas de esquilmo*; luego aun por esta misma suposicion, ajustada la leccion enorme, y enormissima.

¶ 216. Si se atiende â la *justificacion*, que ha hecho Cardenas, de que solo puede producir la Viña, (y no aora despues de los augmentos, y mejoras, que á costa del caudal de Cardenas, consta tener la Viña) *eran* 2U. *arrobas de esquilmo*, y que los testigos en caso de comprarlos, no darian mas respecto de estar perdida con muchas faltas, que llegaban á nueve obradas, poco mas, ò menos, y falta de labores, que á este respecto importan los *frutos doze mil reales*, que baxados los 3950. reales, que al Don Francisco se le baxaron, por los gastos de alzar los frutos para que pagasse los

21U600. reales quedan liquidos 8U. 150. reales, que hasta los 21U600. reales le llevò demàs Don Salvador Gallegos 12U450. reales, y siendo la mitad de 21U600. diez mil y ochocientos reales huvo de excesso, demás de la mitad 1650. reales, en que quedò lezo el dicho Don Francisco, y engañado. Esto es, segun lo que expressan los testigos: y si se atiende à los frutos que expressaron los fieles, produxeron dichas Viñas, que es regular: excede el engaño, *hasta los 16U958. reales, que pagò demàs 6U158. reales, mas de la mitad del liquido valor*, que dessembolsó por dichos frutos, de forma, que siempre excede; y si se ajustasse por *los treinta mil reales que supuso* el dicho Don Salvador, que importan las cinco mil arrobas de esquilmo en su declaracion para que tuviesse lugar el engaño, en dicha venta; que esto no fuera irregular, sino es muy conforme à derecho, arreglarse á su confession para probar la lecion; como él quiso en ella confiar, para que D. Francisco, ciegamente entrasse en la venta, ô cõpreda de los frutos: en este caso se manifestara, que le supusieron 21U. 850. reales, excesivamente, q̃ producia la Viña, no dando mas que 8U150. reales, y le sacaron los 21U. y seiscientos con poca diferiencia, la misma cantidad que le supusieron demàs; en cuyos terminos erã ocio-

ociosas las cuentas antecedentes para ajustar la lecion *enorme*, ô *enormißima*, pues en esta sobravan muchas cantidades, por propia confession de Gallegos, avrà poco en que detenerse para ajustar las doctrinas, mayormente quando contra la referida, no ay otra prueba en contrario que la ponga dudosa, ó obscura; porque Don Salvador, solo ha ido á justificar el consentimiento de la venta; empero no se ha opuesto à la referida justificacion, ni exprecion delos Veedores.

¶ 217. El motivo de contentarse solo Don Salvador, con el consentimiento de la venta, mira, à que como pacto puesto en dicha Contrata, se debe observar, y llebar à debido efecto, porque assi estâ dispuesto por todos derechos [280.] y que assi, aviendo consentido Don Francisco de Cardenas, y pagado el precio de dichos frutos, valgan mas, ô menos, no ay motivo para rezindir el contrato, ni para la restitucion del excesso del valor; mayormente quando entre los mismos contrayentes, se pueden engañar en el precio (281.) y que con estos aparentes pretextos, le parece al dicho Don Salvador, que debe quedar firme dicha venta, y que padezca todo el daño el dicho Don Francisco, y D. Salvador, todo el lucro, y la ganancia.

¶ 218.

(280)

Por derecho Divino Deuter. cp. 29. n. 9. ibi: Custodi ergo verba pacti huius, & impleteæ ea Psal. 77. n. 57. & averterunt se, & non servaberunt pactum quæ ad modum patres eorum conversi sunt, in Arcum prabunt: Ecclesiast. cap. 15 n. 16. & imperpetuum fidem placitam facere: & in numeros cap. 30 n. 3 sed omne quod promisit implebit: & Josuè cap. 23. n. 15. ibi: sicut ego implevit, quod pronusit: idem omninò imparalipom cap. 8. n. 15. & Ecclesiastes cap. 5. & 3. displecet enim infideles, & stulta prometio sed quo cumque voberis redda multoquemelius est non voberet quàm post votum promisa non redere.

Por derecho Civil lex sicum sapam Philum 95. §. natu alis ut obligatio Cod. de pactis, & in leg. final, & in leg creditori 5. Cod. de pactis.

Barbosa Axioma 173. n. 3. & aliýque cōgeiit Scobar de utroq. foro Artic. 5. casu 2. n. 91. & 92.

(281.)

Textus in leg. cause 16. §. idem poni ponuis: ibi: in pretio emptionis, & venditionis naturaliter licere contrahetibus se circumvenire: legitem si 22. §. que mad modum 3. ff. de locati.

¶ 218. Porque todos los referidos testigos, y doctrinas todas, es precisso entenderlas como la venta se aya hecho de buena fee, esto es, sin fraude, ó dolo, *sin falsa azercion, ò supresion de la verdad*) cuydado con estas palabras, que son muy propias de el assunto de este Azerto) como doctissimamente fundò el Scobar. (282.)

¶ 219. Y como sea cierto, que ningun pacto, ó convençion pecaminosa se permita por derecho, y en especial por el derecho Canonico, en el qual no se admite en ningun caso, que pueda ser causa nutritiva de pecado mortal (283)

¶ 220. De suerte, que si la *lecion*, es, *intradimidiam iusti pretij*, no se recinde el cõtrato (284.) empero si la lecion passa de la mitad de el justo precio, entonçes se comete pecado mortal, que es lo que el derecho Canonico no aprueba; y entonçes es el contrato nullo, y al cõprador se le manda restituir todo lo que dessembolsò; como expressamente lo disidiô su Santidad, en aquella causa contra aquellos Religiosos, que refiere *el cap. cum dilecti de emptione, & bendítione* (285.) Por que siempre que en el contrato intervenga injusticia, ò que algo de ella toque, ô perciba, no es presumible, que su Santidad coopere, ni esto se debe pensar, ni aun propalarlo, como doctissimamente lo ex-

sor-

(282.)

Scobar de vtroque foro Arti. 5. casu 7. de letione. n. 77. ibi: que si bona fide fiant, idest sine fraude, & sine dolo, sineque falsa alleveratione aut scpretione: *& ibi: si tracalumniam, & sine tergiberando ànimo lege siquis 7. §. 1. ℣. Plané ff. de hered. petit; sed omnimòda cum severitate leg. & qui 10. Cod. de distratione Pignor. & simplicitate* non astute, non malitiose, non dolose nec callido *consilio. Vt in leg. consilio 5 §. sed si 3. & §. seqq. de authoritate tutor [omnino enim hec, & si quæ sint similia sub verbo bonafides, comprehenduntur) iurè, erationi consonant, hechabent quid iniquum, etiam stante letionæ iure ipsa quod consientiæ oponatur, secus quidem si quo honum interveniat, quod adversaris consensus, & voluntas deficiat, quia tunc estante letionæ deficit bonafides, & ratio preditorum iurium locusque erit contrariæ opinioni.*

(283.)

Predictus Scobar initione, n. 100. ibi: Quintum præmitendũ est certũ apud omnes esse ius canonum in nichilo deferre à foro conscientiæ, cũ principaliter tendat advitandum pecata, cap. final de consuat: cap. 1. de pactis. cap. si vero 8. de iure iurando cumpluribus aductis afortunato. Egidio Trullench 7. de calag. cap. 16. dubio 2. sub n. 3. edictum sit dictante Spiritu Sancto cap. siquis Diaconus 50. cap. igitur. cap. violatores: cap. ideo 25. qq. 2. Barbosa cap. 2. n. 8. 3. distrucion, & in cap. nimis 30. n. 2. de iure iurando: con Menochio. Gutierres, Parladorio, Valero, & aliј: & in Articulo 5. casu 7. n. 93. predictus Scobar.

[284.)

Textus in cap. cum dilecti; 3. cũ causã 6. de entione, & venditione, Mãtica, & alisque congerit in pr. dicto n. 93. Scobar.

formò el Scobar *in dicto loco.*

¶ 221. Y apartandonos de otras muchas questiones, que aunq̃ fueran muy propias deeste Azerto, que omitimos por amar la brevedad, solo irèmos à lo principal, que se deduce de los fundamentos antecedentes, como es el que para que se rezinda el contrato, ha de passar, ô exceder de la mitad de el justo precio: y es el caso, en q̃ ambos contrayentes estàn entresi obligados à la restitucion (286.) en ambos fueros, y conforme à esta regla es la naturaleza de estos contratos, que debaxo de esta condicion, se entienden celebrados, y consentidos. (287.)

¶ 222. Y por esso emos ido á fundar, y probar, que ha de aver igualdad en el contrato de comprenda, y venta; y entre el comprador, y el vendedor, y de vna misma condicion, y calidad reduciendolo à vn contrato de justicia (288.) y de igualdad: en cuyos terminos, si D. Salvador Gallegos, los frutos q̃ vendiô â Don Francisco de Cardenas, si en realidad fuessen las cinco mil arrobas de esquilmo, y las huviesse vendido, baxados los gastos, por los 4U642. reales, que consta de la cuenta de los numeros 214. valiendo 30U. reales, fuesse engañado en 25U358. reales, como exclamarà contra Don Francisco de Cardenas, y lo mismo hasta los 21U600. reales,

(285.)

Innocentius III. in cap. cum dilecti: ibi: sententiam ipsam, tam quam iuri contrariam irritantes possessionem monachis iudicavimus esse redendam salva questione. Et predictus Scobar. n. 94 ℣. quod, si in iustitiam contractibus ille continere, Pontifex rem in iustam præciperet, & pecato illorũ Monachorum cooperaretur, quod nec cogitandum est, & multo minus dicendum.

(286.)

Textus in leg. si voluntate, & in leg. 2. & in leg. ad residendam 4. & leg. Varas. 7. leg. quisquis 15. Cod. de rescindenda venditione.

[287.]

Textus in leg. stipulatus 4. de vsuris leg. si legati, 56. ff. de legatis 1. §. si conditione vel legat non à Mantic. de facitis, & antiguis tom. 1 tit. 11. n. 9. predictus Scobar Artic. 5. casu 2. n. 108. ibi: & cum hac sic natura huius contractus, secũdũ eam & sub hac conditione, contrahentes, illum celebrasse concetur.

(288.)

Textus in leg. cum emptor 5. leg. si id quod 7. in fine ff. de recindenda venditione leg. si de meus alias leg. Pomponius 13. §. idem Pomponius de arbitraris leg penultima infine Cod de communi dividundo, & predictus Scobar ibidem n. 109. ibi: in quo tam emptoris, quam venditoris conditio equalis est vt debet ad instiã contractus, & n. 110. & 111.

les, en que faltaban 16U258. ó segun la cuenta, que se contiene en el numero 216. en que segun la probança de Don Francisco de Cardenas, quedaron liquidos 8U150. reales, que hasta los 21U600. reales, faltan 12U450. reales, que se contiene en las expressadas tres cuentas, fundandose, que por todas ellas se manifiesta el exsesso, como se avia de aquietar; con tan notoria perdida, pidiendo huviesse igualdad, y justicia en el contrato; que el consentimiento no le podia perjudicar, porque avia intervenido lecion enorme, y enormissima en el precio; estos mismos fundamentos, y exclamaciones, que estamos premeditando haria Don Salvador Gallegos, contra Don Francisco de Cardenas, si êl fuesse el damnificado, respecto de ser igual el derecho, hazemos nosotros en nombre del dicho Don Francisco, con otros nuevos, y expecificos fundamentos, demâs de los referidos, que hagan patente quan clara es la justicia, que le assiste al dicho Don Francisco, que aun con los expressados sobran para obtener.

PRIMER FUNDAMENTO.

¶ 223. Don Salvador Gallegos; fuê â hazer vna Contrata, que en lo aparente fuesse bien parecida, y que tuviesse vozes de justi-

tificada; porque assi como en lo principal de la venta de la Viña, y de la Casa, se avia de tazar: por las personas que nombraron; à este respecto quiso que fuesse contenido en la Contrata; como los frutos se avian apreciado por personas inteligentes, y que baxados los gastos, avian quedado liquidos de paga 21ʒ600. reales, pareciendole que conteniendose en dicha Contrata, que se avian apreciado por personas inteligentes à satisfacion de ambas partes; era lo mismo expressarlo, que aver cumplido con lo que està dispuesto por derecho; (289.) empero, reconociendo Don Salvador, que no se avia practicado tal aprecio, recurriò à ir à probar el consentimiento de la regulacion de frutos; lo qual es contrario â la dicha Contrata; pues expressamente dizen los testigos, que no se apreciaron, si que se regularon; *ergo*, en la dicha Contrata, intervino dolo, y fraude, y fuè falso, y supuesto lo que en ella se supuso: *at per consequens*, en ambos fueros se debe recindir. (290.)

SEGVNDO FVNDAMENTO.

¶ 224 Consiste, que D. Joseph de Olivera, testigo de dicha Contrata, expressa; que fuè condicion expressa, que supuso Don Salvador, que el venderia los frutos,

(289.)

Guzman de evictionib. qq. 52. n. 57. ibi: secunda quo res illa estimetur, & iusto pratio vendantur, cum aliis.

(290.)

Mantica de tacitus, & Ambiguis tit. 20. n. 67. & sequentes predictus Scobar, Articulo 5. casu 2. n. 149. ex quo infertur quod quomodo cumque impreditis contractibus dolus, fraus aumendatium inter veniat vtroque foro recindi debat.

tos, *con tal*, que se avia de regular por 4U. arrobas; D. Salvador Gallegos, expressa lo contrario, que Don Francisco de Cardenes, aviendo visto la Viña, le rogó, è instô á dicha venta, y que con consentimiento de ambos se hizo la dicha regulacion: Don Joseph de Olivera, es testigo referente á Don Salvador, su tio, quien dize lo cõtrario, y lo mismo Juan Ximena, su Capataz, luego entresi estan opuestos, y varios, y por el consiguiente no merezen fee, sobre lo qual los remitimos à los testigos de esta especie demás de ser contrarios, opuestos à la Contrata, faltando á la religion del Juramento, (291.) sin temer los castigos con que Dios amenaza á los perjuros, y no ay pena mayor que la que estos merecen.

(291.) *Exodo cap. 20. n. 7. levitic. cap. 5. n. 4. & cap. 19. n. 12. Regũ 2. cap. 24. & 3. Reg. cap. 1 & 3. en el n. 7. del exodo: ibi: non assumens nomen domini, Dei tui in vanum nec enim habebit infortem Dominus cum, que assumpserit nomen Domini, Dei sui frustra.*

¶ 225. Porque aunque fuesse cierta la dicha condicion, que se avia consentido la venta de los frutos, con que se regulassen por 4U. arrobas de esquilmo: lo cierto es, que se regularon por 4U. y 400. de aguapié, y siendo la venta debaxo de este pacto, y condicion, y estando justificado que la Viña, vendida no es capaz de producir mas que 2U. arrobas de esquilmo, y q̃ lo que de esto fue (en dicho año de 726. solamente 1U382 arrobas, y 50. de aguapié; luego la condicion, y pacto que espressô el Don Joseph

de

de Olivera: con que su tio: Don Salvador, vendió el fruto; fué fraudulenta, y con animo de engañar al comprador, que debaxo del referido pacto, y buena fee, deque serian ciertos dichos esquilmos, y su numero assintiò, al contrato, y venta, porque de otra forma, no asintiria, como expressamente exsornò el señor Olea (292.) *ac per consequens*, es manifiesto, que el dicho consentimiento no le puede dar derecho à que subsista la dicha venta de frutos, con tan conocido dolo, y fraude en perjuyzio del dicho Don Francisco, quien si huviera sido sabidor de el engaño, no huviera assentido en èl (293.)

¶ 226. *Tum*, porque asi como la venta que se haze en publica subastacion, si el cõprador ruega à algun amigo, que no ofrezcan mas del justo precio; resultando vendida la alaja en su favor, en menosprecio, que se podia vender, sino huviesse precedido este inducimiento, que es en el caso que el cõprador peca mortalmente, y està obligado â la restitucion del precio, por aver pribado al Dueño del justo precio, y de el excesso contra justicia, por ser estas expreciones hechas clandestinas, é induzen dolo en el comprador (294.) mayormente quando resulta en su beneficio, y conmodo (295.) fundandose todos en que mediante el refe-

(292.)

Textus in leg qui id quod 33. §. ea leg. ff de donationibus: ibi: ea lege donationis causa peccuniatitio numerata vt estatim donatori mutuo debetur. Textus in leg siquis aliã ff. de solutionibus: ibi: Nam non ec sepesse: rem integram crediter nisi pro solido eius fieret. Leg. cum eiusdem §. interdum ff de Steditio ellecto: ibi: non nisi omnes quem emptorum vel venditirum fuisset Dom. Olea. tit 2. qq 2 n 11. ℣. ne alioqui decipiatur, que non aliter, quæ sib ea pacto esse contraturus, & in ℣ Decipitur enim qui certæ contemplatione contraxit si ea res non prestetur.

Textus in leg. cum te: 6. Cod. de pactis inter emptorem leg pure, 5 §. sicum: ibi: non ducturus vxorem nisi dotem á esse posse.

Sita à Gratiano: faber Dom. Valentiæ Gaito Dom D. Iosiph de Vella Discertacion 37. n. 35. Fontanela, & alij.

(293.)

Ibidem Scobar, n. 151. ibi: siquidem tunc vere ad hibetur dum quid tacetur, & desimulatur, quod si aliter contrahens scire non ita contraheret.

Bonacina de contratibus Dispur. 3. qq. 1. punto 2. §. 2. n. 1. plurens referens.

(294.)

Textus in leg. cum quis 31. ff. de dolo Regale lib. 2. cap. 6. qq. 5. n. 146. à quien sigue expressamente predicto Scobar. acorro ibidem n. 175.

(295.)

Bart. in leg. non solum §. si mandato, n. 15. de in iuris: Crabeta consejo 192. sub n. 12. & predicto Scobar n. 176. quem plures refirius.

rido dolo se le pribó al Dueño de el referido derecho al excesso; por los mismos fundamentos; y constandole al dicho Don Salvador, que sus Viñas, no podian producir el numero de arrobas, ô el esquilmo, que supuso, para inducir al dicho Don Francisco, á que fraudalentamente comprasse en este caso; es el comun sentir de todos los Theologos, y Juristas es precissa la restitucion (296.) mayormente quando el dicho Don Francisco, ignoraba el todo de dicha venta, y el esquilmo, y demas, como expressamente lo tiene justificado.

(296.) *Ibidem Scobar, n. 177. quê plures referens.*

TERCERO FUNDAMENTO.

¶ 227. Menos se puede dudar, que el dicho Don Francisco, â justificado; que asido enormissimamente lezo, y damnificado; y assimismo que ignoraba, por su ninguna inteligencia la regulacion, y conocimiento de los frutos pendientes, que esta ignorancia se llama *ignorancia facti*: esta es igual â la de el derecho, y escusa aun quando se trata del lucro; en cuyos terminos, aviendola justificado plenamente el dicho Don Francisco, juntamente con el daño, que ha recibido en el precio, mediante dicho fraude; ò dolo (297.) es justa su pretensio.

(297.) *Cardinalij de Luca: tratato de usuris Discurs. 12. n. 33. ibi: tũ ex vera, & recepta propositione, quod ignorancia juris dubij* assimilatur. ignorantiæ facti, & *excusat. etiam ubi agitur de lucro. Sequitur; Altogrado lib. 1. cons. 94. n. 38. ibi: quod hęc ignorantia iuris dubij est* addeo probabilis, *ut* equiparetur ignorantia facti: *Menoch cons. 110. n. 12. Rota Bonon Discur. 102. n. 34. & 35. Odd. de Restitutione in integrum 1. pars qq. 8. Arti. 8. n. 44. Rota Romana Discur. 608. n. 14. in recentior part. 2. tom. 2. Mantica Decis 178. n. 7. Cavaler Disc. 81. n 2. & Decis. 14. n. 4 & Decis. 360. n. 10. part. 6. & 359. n. 7:*

¶ 228. *Tum*, porque demás de aver probado el dicho D. Fran-

cis-

cifco; la dicha ignorancia, equiparandofe efta à la prefuncion de derecho, efta fe debe feguir en conciencia (298.) con mucha mayor razon; quando fe le regularon los dichos frutos pendientes, en los quales los mas expertos es dificultofo conocerlos, como lo tiene plenamente juftificado; que efte hecho, y regulacion fuè hecho, oculto pactionado con quien no tenia inteligencia, immediata la confiança, de que le tratarian verdad; y para defcubrirla efta, era neceffario, que demàs de que fueffe fugeto de fobrada inteligencia, requeria vna diligencia grande para faber la verdad, que en el acto de la Contrata, fe la dexó oculta, que fe hizo no fe le dió lugar à ello, ni à que lo pudieffe conocer, que es en el cafo que efcufa al comprador (299.) *igitur*, en donde eftâ plenamente juftificado el dolo que intervino en la Contrata; la mendacidad en fuponer aprecios hechos por perfonas inteligentes, la falfedad, y los perjuros; porque reglas fe querrá fundar, que no fe debe recindir el contrato, eftando juftificada la lecion enormiffima; que es en el cafo en que affi fe debe declarar, como doctiffimamente lo prueba Efcobar con otros muchos (300.) y en efpecial con perfona ignorante executado con muchos que junta. Cuyos tres cafos, y caufas; queda en

(298.)

Predicto Scobar Artic. 1. n. 11. & in predicto Articulo §. 12. casu 12. n. 164.

(299.)

Textus in cap. si electio 26. de electionibus in 6. Farinacio tom. 1. qq. 21. & in §. ignorantia: ibidem Scobar sub n. 189. ibi: Nã verè occultum dici potest illud quod magnam diligentiam requirit ad sciendum.

(300.)

Ibidem Scobar 4. opinion: n. 226. & in n. 237. 238. & 239. ibi: Limita 5. in minori muliere rustica ignaro, *milite qui si desipiatur in pretio etiam intra dimidiam, & in re ipsa & sine proposito contrahens cum eis tenetur ad restitutionem in vtroque foro. Tum quia in eis defuit cõsensus præsumitur propter eorum imbecillitate: & in n. 238. cũ quia levitas mentis eorum inducit quãdam naturalem ignorantiã* quod ad inftante, *non potest eorum. letio iustificari. & n. 239. ibi. cũ etiã, etiã quia in contractibus dãnosis cum prædictis celebratis præsumitur dolus ex quo-qui lebet cõtractus rezinditur.*

Dom. Castillo controv. 2. n. 32. & 33. Rodriguez de Annuis Reditib. lib. 1. qq. 11. n. 8. A'a iezo: Farinacio y Hermosilla glos. 9. n. 16. & lig. 56. tit. 5. part. 5. ¶. otro si: decimos, que se puede

de desfare la vendida que fue fecha por menos de la mitad del derecho precio, que pudiera valer en la sazon q̃ las ficieron: & ibi: otrosi: decimos lo mismo del cõprador, que puede demandar se desfaga la compra, ò que raxe el precio, tanto quanto es aquello, q̃ él mas diò. (301.)

Predictus Scobar n. 262.

(302.)

Textus in leg. hec aiectio pluris 192 de verb. significatione Bald. Menochio de arbitrariis casu 145. n. 4. cum sequontes: Padilla in leg. 2. n. 50, Cod. de recindenda vendit. Pinelo ibidem 3. part. cap. 4. n. 9. Matienço in leg. 1. glos. 2. n. 43. tit 11. lib. 5. Recop. Seraphin de Privilegis 83. n, 96 ṽ. & cum letio. Petrus Gregorius lib. 25. Sintagme cap. 24. n. 2. Morla Emporij tit. 9. qq. 18 n. 3. Scatia de Comercis §. 1. qq. 7. part. Amplia. 10. n. 6. in principio: Salas de emptione, & venditiono dubio vt n. 2, cum cominni omniũ predictus Scobar n. 249. ibi: de niq̃ animad vertam, quod excesus de midia iusti pretij constituitur, ex quo libet minimo, quod dimidia ad datur, & tan si es vno minimo, ò bolebe: *vt supra: & Molina de Primogenis liber 2. cap. 3. n. 26. Dom. Larrea Alegacion Fiscal 82. idem 2. Decis. 68. & 69. & Dom. Castillo, tom. 7. cap. 18. n. 85.*

(303.)

Ibidem Dom. Castillo cap. 12. de tertis n. 87. tom. 7. & alij.

(304.)

Dom. Larrea Decius Granatensi 87: ibi: & nisi omnes hac qualitates, & circũstantias cognoscãtur: Dom. Castillo lib, 3. controv. n. 13 & 14. Hermo-

166.

en los referidos numeros cada vno de por si: comprueban todo quanto emos ponderado por el dicho Don Francisco, sobre toda esta Obra.

QUARTO FUNDAMENTO.

¶ 229. Estando justificado el dolo, y el fraude: la grande avilidad de el dicho Don Salvador, el modo, y forma de disponer la Contrata, la grande ignorancia, y ninguna inteligencia del dicho Don Francisco, el averse jactado, que si Don Francisco, padeciesse algun perjuyzio lo debe tolerar, como llevamos fundado, que es el caso en que no se debe dar lugar, el que ninguno se vanagloriè con perdida agena en conocido lucro (301.)

¶ 230. *Tum*, porque siempre que conste el excesso de la mitad de el justo precio, como por qualesquiera de las tres cuentas, excede en muchas cantidades; bastava que fuesse en vna minima parte, aunque fuesse el excesso en vn quarto. (302.)

¶ 231. *Tum*, porque aunque faltasse el dolo, y el fraude: y se huviesse de estar al advitrio de los Señores Juezes, segun los AA. que tenemos citados se debe hazer la regulacion, segun las referidas opiniones (303.) considerando las qualidades de las personas que contrataron (304.)

¶ 232.

¶ 232. *Tum*, porque contra lo expressado no ay prueba en contrario, hecha por el dicho Don Salvador, esto es, que por expacio de 20. años, siempre se avian cogido las 43. *arrobas de exquilmo*, y las *quatrocientas de aguapiè*, ò las *cinco mil*, que supuso manifestaba dicha Viña, en aquella ocasion antes si lo contrario ha justificado Don Francisco de Cardenas, que jamâs dicha Viña, las ha podido producir: y lo mismo el precio que se le figurò, y gastos de labores (305.) *igitur*, ha probado Don Francisco, de Cardenas, *super abundanti*, que intervino en dicha venta lesiõ enormissima en la venta de los frutos, que se le hizo.

SOBRE

EL EXCESSO DEL VALOR QUE *se le diò por los peritos à la Casa de la Viña vendida, contra el estilo, uso, y practica, que siempre ha avido de tazarlas, conforme à la Viña, en la tercia parte de su valor de ella, y no en mas.*

¶ 233. Para fundar esta pretension es necessario suponer, que que el todo de la dicha Viña, por no tener mas tierras en que extenderse la apreciaron Don Andrès de Cotrina (testigo presentado en la Probança por Don Salvador Gallegos) y Don Nicolàs Bermol, en

mosilla leg. 56. tit. 5 part 5. glos. 11. & 12. n. 21. con mas de 9. AA. Cepola, Farinacio, Mascardo, & alij.

(305.)

Gratiã Discep Forentiñ cap. 752. n. 47. ibi: atendendum, illam Doctoribus aprobatam ut pretiũ iustum dicatur cuius fructus in vinginti annis *accedũ, & quã sortem principalem.: Hermosilla in leg. 56. tit. 5. part. 5. glos. 6. n. 8. con mas de 20. AA.*

66U893. y estos mismos aprecíado-
res tazaron la Viga, Juzillo, Tinajas, maderas, Arboles, aportaderas parrales, y palomas en 5U782. reales, que estan incluydas muchas de estas partidas en el cuerpo de la Casa, y si se agregan conforme se incluyeron en el aprecio, separandolas de la Casa, importa el valor de la Viña, y estas partidas 72U675. y 17. maravedis.

¶ 234. El valor de la Casa, que le dieron los peritos, separadas las dichas partidas, que estàn incluydas en ella, es de 47U012. Rs. Y si se agregan al valor de la Casa, de dichas partidas, *como cosas incluidas en ella assesorias, y pertenecientes, è inseparables:* importara el valor de la Casa 52U794. reales, y ambas partidas 119U687, reales, y 17. maravedis, esto es por entero, segun, como consta de los aprecios á la letra.

¶ 235. De forma, que segun ambos aprecios tuvo la Viña, de mas valor que la Casa, 14U89. reales, que sin que se necesite de más prueba, se biene en conocimiento, que el mismo valor se le dió à la alaja fructifera, que à la q̃ no lo es en el Campo; porque solo se le ha de dar à la Casa, lo que fuesse correspondiente à ella, y necessario para el recogimiento de sus frutos, no las cosas, que en ellas se hecharon de gusto, y sin necesidad, que

NOTA.

Assessorio se llama, lo que sigue à su principal asi lo, afirma Angelo in leg. numquam Cod. 2. ℣. subd,t. Menochio lib. 6. præsumpt 3. n.21. y es lo que por ley, estatuto, ò costumbre se destina para el vso de vna cosa, allegandose, y vniendose con ella: Ignocencio in cap. cum ad sedem de restitutione spoliatorum: Mantica lib. 4. de tacitis, & ambiguis tit. 14. n.32. Menochio cons. 140. n.24. & alij los quales hablan empertinencias, *que son lo mismo que* Assesorias, ò cosas pertenecientes à ellas, *y no solo siguen à su principal, sino que tambien se haze vna cosa misma indiuidua con èl: ita Menochio lib. 4. presumptione 110. n. 43.*

NOTA.

Por los nuevos aprecios consta: que del valor intrinseco de la Casa, le dieron en los aprecios de la Contrata, mas de 17U reales de mas valor, de lo que intrinsecamente tiene dicha Casa: esto es, fuera del estilo, y costumbre, que ha justificado Cardenas.

que porque esto, no se reconocies-se no se extendiô, en los aprecios; y se hizieron por mayor; en dichos 47U12. reales, sin que se pueda venir en conocimiento si quedaron incluydas, ó no dichas partidas; empero se le diò todo el referido excesivo valor.

¶ 136. Don Francisco de Cardenas, en la 11. pregunta de su interrogatorio, tiene justificado el estilo vso, y constumbre del modo con que siempre se ha observado apreciar las Casas de las Viñas, y q̃ es la tercia parte del valor de ellas, mayormente en Viñas, como las de este pleyto, que no pueden tener mas augmento por no tener mas tierras, que las puestas, ni donde se puedan extender à mas contrarios exemplares que refieren los testigos, de echo propio, practicados en la Ciudad de Malaga, dõde fue el trato de esta venta; y passando à ajustar la cuenta de el agravio, segun la probança, y los aprecios, si se atiende á los 66U893. del valor integro de la Viña, solo se le pudo dar de valor à la Casa, 22U297. reales, esto es, correspondiente à vna quarta parte; empero si se regulan por los 72U675. la quarta parte del valor, que correspondio à la Casa, fueran 18U168. y aviendosele dado de valor 47U012 reales, huvo de agravio contra el dicho Don Francisco 28U844. rea-

reales, de forma, que por esta quenta viene â quedar comprobada la lecion, enorme, y enormissima, q̃ huvo en el valor, que le dieron â la Casa; y por el consiguiente corren todos los fundamentos de derecho, que llevamos expressados.

NOTA.

Luego si huvo excesso en los aprecios de la Casa, en el intrinseco valor de ella, en mas de 17ʉ. reales, luego baxandose este precio para esta regulacion mas comprobado el dolo: y mas justificada la leçion enorme, y enormissima, para esta regulacion, que và aqui expressada.

¶ 237. Empero, arreglada la cuenta â la probança, hecha por Don Francisco de Cardenas, que es vna tercia parte, lo que al valor que le debieron dàr â la Casa, segun los 66ʉ893. reales, son 22ʉ297. reales, y 22. maravedis, y le dieron segun esta cuenta 24ʉ715. reales, demas valor; si es conforme â los 72ʉ675. reales, correspõde la tercia parte del valor, que le debieron dàr â la Casa, son 24ʉ225. reales: y la apreciaron, y dieron demàs valor 22ʉ787. reales, de forma, que por todas quentas sale regulada la lecion enorme, y enormissima, y sale Justificado el excesso, que se le diò de valor â la dicha Casa.

¶ 238. Confessamos, que de la Contrata, ni de la tazacion no se saca que Don Salvador Gallegos, diesse causa â este perjuyzio, ò dolo, que huvo en los aprecios, porque ambos, se obligaron, â estar, y passar, por los aprecios, que hiziessen los peritos, que cada vno nombrasen assi, como se obligan en los compromissos, â estar por la sentencia de los advitrios, y advitrados

dores, y amigables, componedores, sobre ciertas penas, y juramentos, con cuyo motivo, si estos tales respecto de la jurisdicion, y penas convencionales immoderadamente advitriam, en perjuyzio de tercero, discurriendo, que está cerrada la puerta de la Justicia (mediante dichas penas, y juramentos) para que no puedan ser oydos; empero, como la Justicia, no permite excessos, ni passiones abrió juntamente la puerta de recurrir al alvedrio del buen varon (306.) *y segun la ley Real de la nueva recopilacion*, expressada, se puede decir de nullidad, y esto se entiende, aunq̃ en la Contrata, ô instrumento se ayga vsado de la cautela, de renunciacion de este derecho con jurameñto, ò se aygan puesto otras muchas como lo expresó el Gutierres, y otros (307.) y la razon entre otras muchas, es, porque el remitirlo á su advitrio, es con esperança de que recta, y moderadamente, y no excesivamente se advitrara: y asi se atiende la obligacion (308.) y por esso *Bartulo*, y *Padilla*, afirman, q̃ basta que se aygan *excedido en la sexta parte*; aunque otros quieren que sea al advitrio de los Juezes; y asi quando es immoderado el advitrio, no se incurre enla pena del compromisso, pidiendo la reducion, como lo expressa Bolaños en su Curia. (309.)

(306.)
Lex 23. vbi Glos 14 & 15 & lex 35. glos. 1. tit. 4. part. 3. lex 4. tit. 21. lib. 4. de la Recop.

(307.)
Gutierres de iuramento confirmat. pars 1. cap. 37. n. 17. & sequétes Azebedo in leg. 8. tit. 21. lib. 4. Recop. n. 44. & 129. & sequentes.

(308.)
Textus in leg. si libertus ff de opera, Bart in leg societatem ff. pro socio: Padilla in leg. 1. ff. de legibus n. 41.

(309.)
Bolaños in sua Curia lib. 2. Comercio Terrestre cap. 14. n. 27. pe totum. & vide Dom. Salgado d Regia proctetione pars 3. cap. 13. n. 4. cum sequentes.

¶ 239. La tazacion, es excessiva cerca de la liquidacion, entonçes se debe considerar duplicadamente: ô se ha de considerar impropia, ò abusiba, ò de otro modo propria real, y verdadera. Y si el excesso es impropio, avida informacion, se taza, y en este caso no es permitida la apelacion (310.) empero, quando la cosa sea de estimar por peritos expertos en el arte de aquello que vân à tazar, segun su valor, y estimacion intrinseco, *debin hazerlo expeculatibamente, expecificando todas las cosas que tocasse por minimas que sean, segun los tiempos, y los valores* (311.) y de todo deben ser expecialmente preguntados, y jurarlo: y todos ván confermes, que han de deponer de aquello que tazan, lo que sea mas verosimil, y debaxo de juramẽto (312.) *sed sic est*, que en dichos aprecios, no intervino juramento: no expecificaron individualmente las cosas que apreciaban, dando razon: *igitur*, la tazacion que hizieron nula, en quanto al valor de la casa, que llebamos expressado: *per prædicta iura*

¶ 240. *Rursus:* todas las vezes que los peritos no investigaron, y conocieron expecialmente lo q̃ iban à reconozer, ò apreciar no depuniendo absolutamente por razon de ciencia; sino es de causas verosimiles, de que han de ser diligentemente examinados, para que hagan tee,

(310.)

Dom. Salgado de Regia proptectione pars 4. cap. 10. n. 7. & sequentes.

(311.)

Ymola, & ex Alexandro in leg. pretia verum ff. ad legem falcidiam, Abbas in cap. proposuisti de probationibus, & in cap. fraternitatis de frigidis, & maleficis, & Dom. Salgado de Regia proctectione pars 4. cap. 11. n. 144. & qui cunta: ibi: qui cunta speculatibe, & nomitatim secundum temporum distintionem debent prescutari. Garcia de expecuis cap. 24.

(312.)

Antonius Gomez cap. 9. n. 5. tom. 2. ubi Ayllon quem plures refernes n. 6.

NOTA.

Solo consta aver assistido Albañiles, y no Carpinteros.

fee, en este pleyto, los mismos peritos los ha presentado la parte de Don Salvador Gallegos, como testigos en su probança, y no como peritos en su Arte: *igitur*; aunque peritos nombrados por las partes; no han depuesto como tales; examinados como peritos; si solo como testigos, de que se ha valido D. Salvador? *ac per consequens, no merecen fee.* (313.)

¶ 241. Emos expressado estos defectos de los peritos, que de los mismos autos resultan, para la comprobacion de que no merecen fee, que por si solos bastaban; empero, aviendo probado el vso, estilo, y constumbre que siempre se ha practicado en las tazaciones de las Casas de las Viñas, en esta Ciudad (aunque tambien pudieran aver probado, que en la de Granada, aunque sean Palacios, solo se les dà el valor de vn margal regulado à la necesidad de la hazienda) y assi los peritos, no solo debieron expressar expecificamente lo que tazaban, si donde tazaban, esto es, el lugar, la constumbre, las causas, y todo lo demàs que conduzga, porque sino, es precisso que digamos de dicha tazacion: que tazaron la Casa de el Campo, como las de la Ciudad, como los Medicos imperitos, que con vn solo colirio, quieren aplicarlo à todos los ojos para curarlos. (314.)

¶ 242. Y assi vemos, que ca-

(313)

Parthul in leg. Semel n 1. Cod. de Remilitari. lib. 12. Frãcisco Aretino cap proposuisti de probationibus ỹ *adverta. Faur Sanchez de Matrimonio, lib. 7. cap. 113 n. 11. & 12 ibi sexta conclucio numquam probat textu ex artu peritia deponentis nisi ex actu apareat eum fuisse deligenter interrogatur à iudice, & examinatum, quod eius teximoniũ non deserta scientia;* sit sed de verosimili, & *ideo diligenter debet examinari aiudice; qui in de infert ipsum non probare si nõ redat causam scientie.*

(314)

Textus in cap Regul. Sanctorum Patrũ ibi: Regula Sãctorũ Pat. pro tempore, loco, & persona, & negotio instante necessitate tradita sunt: & ibi: necesse est vt iusta diversitates locorum, & temporum, & hominum quibus scripte sunt, diversas causas & argumenta, & origines habeant, & quomodo Et Divus Ioannes in Apocalypsi sua, *ad septem Eclesias scribens sui: ibi: in vna qua que eorum expecialia reprehẽdit, vel virtutes probat. Ita & Sanctus Apostulus Paulus per singulas Ecclesias vulneribus medetur illatis: nec ad instar imperiti Medici, vno collirio omniũ oculos vulcurare. & Dom Salgado de retentione 1. pars cap. 2. n. 124.*

cada Provincia, tiene sus Estatutos, y variedad de vsos, y constumbres, que estas las observan como leyes, y se permite, que por ellas se goviernan, y determinen. (315.)

¶ 243. Y assi las constumbres, y lo que las gentes han introducido se deben observar, y guardar (316.) *maxime*, si son razonables justificados, y iguales, y conformes â la razon natural, como es el justificado en los autos; pues vna Casa de Campo, que el gusto, y diversion del que la labrò fuè excesivo à la medida de su voluntad, y no igual à la hazienda, y lo que puede producir de frutos; estas cōveniencias cessaron en el ageno dominio con la venta. Y asi la tazacion se debe hazer conforme á lo que la hazienda necesita de Casa, no siendo tan de corta consideracion, la carga que le queda al comprador, en los reparos; pues mientras mayor es la Casa, mas los adornos del gusto, mas precissos, y mayores los gustos para su manutension: y asi probado el estilo, y constumbre, que debieron observar en la tazacion los peritos, siendo como es razonable, es justa sa observancia; pues asi como es justa se obierve el pacto, es justo la observancia del estilo, por ser valido el argumento de vno à otro. (327.)

¶ 244. Es el estilo, vso, ò cons-

(315.)
Textus in cap. iusquesitum 1. Disten cap. vtinam Distui. 76. lex observar. ff. de oficio pro consulis leg. quod sinolit §. qui mancipia ff. de edelitio: Aristoteles Politicarum cap. 10. Ciceron in orat. de Provintia Consular, & predictus Dom. Salgado de Retentione cap. 2. 1. pars n. 127. & 128. Dom Larrea in Decis. Granatensis, Disputation 11. n. 25.

(316.)
Textus in leg. lateo ff estat liber: ibi: morem gentum sequi debemus: leg quidam ff de iure Codull. ibi: à maioribus nostris observatur: cap. cum venisse de institutionib.

(317.)
Textus in leg. non imposibile ff. de Pactis Estefano Gratiam Disept. 88. n. 20. prædictus Dom. Salgado de suplicatione 2. pars cap. 7. n 8. V. vulgare est & de pacto ad consuetudinem, & contra valide argumentatur.

coñstumbre, que seguido por los mayores se debe obsservar (318.) como lo expressa *el Real Propheta*, con mucha mayor razon, quando de observarlo lo que se sigue, es solo destruir vn fraude doloso contra Don Francisco de Cardenas, executado por los peritos en el valor, y precio que le dieron à la Casa; para que se le sigà à Don Salvador Gallegos de este fraude tan excesivo, beneficio, que este no debe ser patrocinado con ningun pretexto en los Tribunales, como expressamente está desidido (319.) y assi, aunque el acto de los aprecios, y tazacion diga, que por averlos hecho de consentimiento de las partes, se ha de estar à este acto, porque en lo aparente lo haze justificado; en la realidad no lo es, y assi se debe juzgar, no segun el acto que alli se executô, si segun el efecto, que de él se siguió (320.) *sed sic est*: que aunque los dichos tazadores figuraron aver hecho la tazacion segun su Arte, este fué nõbre fingido, y supuesto, y á él no se debe atender, sino á el efecto que de dicho acto se siguiô, que fuê no aver observado la coustumbre, y aver apreciado excesivamente dicha Casa, de dicha Viña; *Igitur*: solo se debe atender á este efecto, y daño, seguido para enmendar lo que al nombre de dichos aprecios, (321.) *ac per consequens*: estando jus-

(318.)

Psalm. 141 in via hac qua ambulabam absconderum laqueum michi: & in Psalm. 56 laqueum paraberunt pedibus meis, & iterum in Psalmo. 10. intenderunt arcum & paraverunt sagitas suas impharetra; vt sagitent in obscure rectos Corde

Et vide Bobadilla lib. 3. cap 7 n. 28 quien sita à Lucas de Pena, in leg siquos expontaneos Cod de Decurionib. lib 10. Putecus desindicatu vervorum preceptum ℣. si restat: Avendaño in cap 19. pretotum n. 7. ℣. & necis, & Bolaños in sua Curia 1. pars § 8. signanter n. 13. per totum vide.

(319.)

Textus in leg. Paulus 8. ff de pretoribus stipulationib. ibi: prætor enim beneficiũ nemini vult esse captiosũ Textus in leg. 1 ff eodem: ibi: nebi quã cum est contrahunt principali autoritate circumscript i esse videatur: lex imperatorem ff. de heredis instituendis: ibi: nec enim calumnie facultatem ex principali Majestate capi opertet.

(320.)

Textus capitalis in leg. in sulam ff de prascriptis verbis: leg. si vno: ibi: qua si non sit Donatio transactionibus ff. eodem: & Dom. Salgado quem plures refernes in cap. 7. de Retentione pars 2. n. 23 ibi: nec ista inibitio difinit esse (iusta estilum) perpetua seu efectus quantum vir aparenter vozentur Tẽporalis ob termini epositionem; quoniam omnis actus, & disp sitio secundum nomen fictum, & apositum.

(321.)

Ibidem Dom. Salgado n. 25. ℣. ideo ibi: ideo magis inspicitur forma, & efectus quam nominis impositio & ibi: secundũ efectũ; non secundũ nomen: textus expresus in legem cortem ferro § qui maximos ff. de publicanij: ibi: ad iudicandum enim qualitatem contractus vel dispositionis, & cuius na-

tu-

tura sit, non atenditur verba, sed rei efectus consideratus: & plurimi, qua signabit.

(322.)

Dom. Preces Covarrub. in regula possessor, in initio 2. part. n. 2. D. Molina de Primogenij lib. 2. cap. 6. n. 15. ibi: nec obstat, si dicatur tacitum Populi consensum esse necessarium, ut familia gesit cõsuetudinẽ introducere ad hoc; nãque respondetur, quod in hac immemoriali consuetudine regulariter sciencie, seu consensus probatio non requiretur vel ex eo quod extanti temporis lapsu hęc omnia præsumatur.

(323.)

Textus in leg cum ratio 7. ff. de honijs danatis Scobar de Puritatę pars 2. qq. 9. §. 2. n. 5.

tificado la constumbre, y el excesso en el precio que se le diô à la Casa, que es el efecto, seguido en perjuyzio del dicho Don Francisco: este se debe emmendar.

¶ 245. Para observar la constumbre, no es necessario expresso consentimiento del Pueblo, ni otro acto alguno, si que los testigos expressen averse assi observado mucho tiempo; que de esto se presume por derecho (322) su consentimiento, y observancia. q̃ es solo el defecto, que se pudiera oponer á dicha probança; ha que se ha satisfecho: y mas quando contra ella, y el referido estilo no se ha probado cosa en contrario: en cuyos terminos parece tiene menos duda averse de enmendar dicho agravio practicado contra dicho Don Francisco de Cardenas, en dichos aprecios, y restituirle el excesso, en caso, que se declare debe subsistir dicha venta, que es en el concepto, que hemos expressado los referidos fundamentos. Y mayormente, quando en la Probança de Don Francisco de Cardenas, ay tambien peritos, é inteligentes examinados, que deponen verosimilmente, y de hecho propio con varios exemplares, que es en el caso que se debe determinar por ellos, y siendo mas en numero, y de mayor excepcion (323.) y mas deponiendo de tan expeciales

les circunſtãcias (324.) deben ſer preferidos en la fee, y por eſta prueba ſe debe determinar.

OBJEPCION PRINCIPAL.

¶ 246. A todo lo contenido en eſte Azerto, ſe objepciona; que no ay pueſta demanda por Don Franciſco de Cardenas; y aſſi que es in ſubſtancial todo quanto ſe ha alegado, y probado por Don Franciſco, y que Don Salvador, emponiendola darà à todo entera ſatisfacion, y que aſsi no puede recaer ſentencia.

RESPONSIO.

¶ 247. *Huic objepcioni*: reſpondemos, ſer incierta dicha objepcion; pues conſta que en el pedimento dado por Don Franciſco de Cardenas, ſe alegó lo referido, en la Nota, por excepcion, probocado de lo que Don Salvador avia ſupueſto en la Sala; y aſi haviendo pueſto por excepcion la dicha lecion enorme, y enormiſsima de los frutos, no era neceſſario demanda formal; pues baſta que ſe oponga por excepcion juſtificada, como lo eſtá: y eſto es, que no era neceſſario exprimirla en eſpecie; pues baſta ſolo narrar el hecho (325.)

¶ 248. Con eſto concurre, que

(324.)

Idem predictus Scobar eodem loco n 9 & 13.

NOTA.

Quaderno 1. Peti ion de Cardenas, fol 153. buelta: ibi: Y en la miſma, ha ſupueſto ſinieſtramente que mi parte ſe ha utilizado de los frutos de la dicha Viña, y q̃ ſe apreciaron, ſiendo aſsi, que es inciertohuvieſſe tal aprecio ſino es ſolo el que el dicho Don Salvador, ſupuſo ſinieſtramente à mi parte, que dicha heredad, lo que regularmente daba era mas de 4U. arrobas de eſquilmo, en cuya cõfiança le grangeò, y conſiguiò le entregaſſe 21U y mas reales, y no ſiendo juſto, q̃ con recurſos tan eſtraños ſe ocurra à Tribunal Superior, ni con teſtimonios limitados.

(325.)

Parlador. lib. 2. rex quot cap 10. n. 8. - 8. & 10 & Bolaños in Curia Philipica 1. part. §. 15. n 6. in fine.

(326.)

Peticiõ de Gallegos *al fol* 309. *del quaderno* 1. *ibi: No es del assunto el que fuessen muchos, ò pocos pues compró los pendientes, y que Dios di [illegible] á perdida, y ganancia, y como el año se torció, pudo aver sido propicio; y aver salido ganancioso, con que por todos lados le re onoce lo infundamental dela pretencion contraria.*

(327.)

Quaderno 1. *fol* 317. *Peticion de Cardenas: ibi: no es necessario mas que atender à la venta de los frutos, pues imponiendo á mi parte, y assegurò, que lo regular que se recogia de esquilmo eran* 4U. *arrobas de vino, y pasa, y* 400. *de aguapié, segũ el fol.* 131 *enque tambien se ratifica, y lo cierto que ha resultado es, que haziendo calculo de todo, assi frutos, como aguapiê no llega à* 2U. *arrobas, y en que se reconoce que faltò à la verdad, y la lecion causada en dichos frutos debe ser satisfecha, y reintegrada à mi parte, por el remedio mas correspondiente, que desde luego lo intentô.*

(328.)

Segũdo quaderno fol. 32 *buelta, que habla sobre los frutos: y en el fol.* 33. *ibi: porq̃ siempre los contratos deben arreglarse à lo justo: por cuya razon, siempre que por personas peritas, è inteligentes, cõste q̃ el valor q̃ sele diò* à la dicha Casa, *fuè inmoderado, y cõ excesivo agrabio de mi Parte; se deberâ reducir à su precio justo, por ser asi disposicion de derecho,* cuya reclamacion hago en la via, y forma que mas aya lugar en derecho, y sin q̃ se aya visto oponerse mi Parte à la Contrata, si solo el reducirla

que esta misma excepcion està contextada por la peticion presentada por *Don Salvador* (326.) en cuyos terminos mal puede suponer que no ay demanda, ni contextacion de ella; empero por mas que emos querido ser breves, cada dia la malicia haze en lo que se niega precisso ir à justificar la verdad; respecto de constar de demanda formal, puesta por *Don Francisco de Cardenas.* (327.) Y no solo en dicho Pedimento consta la formal demanda; si tambien bolviô á instar en la reclamacion de dichos frutos, y el excesso irregular que se le diô à la Casa, con diferentes fundamentos, que alegò el dicho Don Francisco, que por ser dilatados no se expressarán mas que las palabras que conduzen. (328.) tambien cõsta; que por otro Pedimento, presentado por Don Francisco de Cardenas, mas expressamente, que en los antecedentes se puso demanda formal sobre los dichos frutos; cuya expression se ha manifestado, para quitar el velo, q̃ aora nuevamente se opone; reconociendo la gran justificacion, que ha hecho Cardenas, sobre estos particulares, solo se expressarà lo que conduzga âcomprobar esta verdad (329.) de este pedimento se diô traslado al dicho Gallegos, el dia 24. de Febrero de 728. se notificò: contra lo q̃ no consta ayga dicho cosa alguna, mas

mas que lo expressado en dicha cõtextacion, y se recibió el Pleyto à prueba el dia 16. de Abril de 728. posterior à todo lo expressado; de forma, que ha dado satisfecha la Objepcion por aver salido convẽcida de incierta.

¶ 249. Empero, aunque todo lo expressado faltasse aviendo pedido el dicho Don Francisco, en todos los referidos pedimentos *Justicia, y puesto esta clausula*, despues de la narrativa de dicha lecion de los frutos, y de la Casa; es lo suficiente para que cayga sentencia, y determinacion sobre ambos particulares, en la forma que vàn expressados en esta alegacion, porque con ella se implora el oficio del Juez, *y se puede condenar de oficio aunque la parte no lo pida* (330.) Y aun en los rescriptos de los Principes, y de los inferiores obra esta clausula, tan saludables efectos, que vale la sentencia aunque sea injusta (331) *igitur*, aviendo puesto en dichos pedimentos la dicha clausu de Justicia, es lo suficiente para que se determinô sobre dichos particulares, con mucha razon quando està puesta la dicha demanda, y contextada, y muchas vezes repetidas, y nunca contradichas.

ADVERTENCIA I.

¶ 250. Ofrecimos en la No-

ta

la à todo lo que fuesse justo, y assi lo jurò en toda forma: *y se ofreciò á probar, se diò traslado el dia 6. de Noviembre de 727. y en este dia se hizo saber.* (329)

Segundo quaderno, fol. 87. Peticiõ de Cardenas, â la buelta: ibi: restituya las cantidades, &c Las cantidades, que por razon de la lecion en los frutos, *que à mi Parte le vendió con mas las costas, daños, y perjuizios se le àn seguido la pena convencional, que assi es de hazer, y determinar por lo general dicho alegado*, en q̃ me afirmo.

(330.)

Dom. Azebedo tit. 2. lib. 4. de la Recopilacion, n. 12 Paz in praxi tom. 1. pars 1. Tempus 4. n. 35. Volaños in sua Curia prima pars §. 11. n. 15. Avendaño R. 1. n. 18. (331.)

Textus in cap significantibus in cap prudentiam de oficijs delegatis: Menoch de arbitraris: Marta de Clausidis, & alij que congerit Gomez Bayo in sua praxi, lib. 1. 3. parte cap. 3. n. 37. ibi: fiat Ius vel iustiam, *in rescriptis operatur ut valeat sententiam etiã in iustam*, & hæc Clausula iusciam, *faciat convenit etiam inferioribus á Principe.*

(332.)

En la Pieza de los titulos de la venta de la Viña, donde està incerta la Executoria, que obtuvo Don Salvador Gallegos, contra Palma fol. 71. ibi: ſobre pretender el dicho Salvador de Palma contenerſe vſuras paliadas en el otorgamiento de ciertas Eſcrituras: la ſentēcia de la Executoria fol. 75. buelta: ibi: y fecho el dicho pago remita à la Sala todos los autos, donde el dicho Salvador de Palma, pida lo que le convēga.

(333.)

Ley 3. gloſ. 1. tit. 10. part. 3. & leg. 1. tit. 4. lib. 4. de la Recop. Paz imprax. tom. 1. anotacion de indicio, n. 36. vſque 26. & in tom. 1. pars 1. temp. 6. n. 12 & 3. & Bolaños in ſua Curia 1. pars §. 14. contextacion n. 1.

ta del numero 145. expreſſan las circunſtancias de la reſerva de la Real Carta Executoria, para proceder en todo con la juſtificacion que ſe debe. Y lo que conſta es, que por los titulos en que eſtá la executoria, ſer la pretenſion vnica de Salvador de Palma, las vſuras paliadas ſobre que recayô la reſerva (332.) *igitur*, bien fundado todo quanto de eſte emos ponderado.

DECLARACION, Y ADVERTENCIA II.

¶ 251. Se ha preſentado deſpues de hecha la publicacion, la ſentencia, que ha obtenido D. Salvador Gallegos, en el Pleyto de Salvador de Palma ſobre la lecion enorme, y enormiſſima de la venta de las Viñas, de eſte Pleyto: Y la que huvo en los frutos, y otras nullidades, en que ſe abſolviô al dicho Don Salvador, de la lecion de la venta de la Viña; ſolo, y ſe le impuſo perpetuo ſilencio à Palma: de la qual apeló Palma, en tiempo, y ſe le admitió: conſta de teſtimonio al folio 399. que con eſto baſtaba, reſpecto de quedarſe los autos como ſi no ſe huvieſſe pronunciado ſentencia; empero, ſe pronunciô antes de contextar la demanda; que es la piedra fundamental del juizio (333.) y es de ſubſtācia del juyzio la contextaçion aunque

q̃ ſea cauſa ſumaria (334.) y es la ſentencia *ipſo iure nulla*, quando ſin con textacion ſe pronuncia ſentencia. (335.)

¶ 252. Y aunque el auto, ó ſentencia difinitiva ſe coloreô cõ algunas rizones aparentes, que eſtaba preſcripta la accion, como fuè la venta el año de 706. y la demãda el año de 727. en que ſolo aviã paſſado 21. años, requiriendoſe treinta, no es neceſſario mas ſatiſfacion; empero, aviendoſe ofrecido aprobar Palma, ſobre ambas acciones, ſalió el auto difinido, ſin recibir el pleyto à prueba, que es otro de los caſos quando la ſentencia es nula, lo qual procede ſin embargo de la ley Real (336.) reſpecto de ſer de la ſubſtancia de el juyzio el recibirlo a prueba (337) concurriendo con eſto, que ſiendo dos las demandas de lecion, vna ſobre lo principal de la Viña; y otra ſobre los frutos de que le deſpojaron à Palma, todo contenido en la demanda; y debiendo ſer la ſentencia arreglada à ella, y al libelo en que ſe formò; ſolo ſe pronunciô en quanto à la Viña, y no en quanto â los frutos; porque tambien fue nula la ſentencia, por no averſe arreglado á la demanda, ò libelo. (338.)

¶ 253. Muchas vezes la facilidad de creer lo que ſe oye, y no la integridad de la cáuſa, es motivo que

(334)
Ibidem Paz n. 6. 29. 30. ibidem Bolaños n. 3.

(335.)
Textus in authentica oferatur infine ibi: litis ergo contextatio Cod. de litis conteſtacionibus textus in leg. 2. Cod. de ſententÿs: textus in cap. 1. de libelli conceptio, & in cap. licet ellÿ extra de ſimonia, & leg 3 & final prædicto tit. 10. part. 3. & GomeZ Bajo in ſua praxi, 5. pars lib. 1. cap. 21 ſignanter n. 24.

NOTA.

En el quaderno 2 fol. 249. conſta q̃ en la relacion de la Provicion, q̃ obtuvo Palma contra D. Salvador Gallegos, fuê ſin embargo de la Eſcriptura de aprobacion de autos, y de otros inſtrumentos; y en el auto de la Sala entre otras coſas es: ibi: ai te quien dicha Juſticia oyga à las partes ſus pretenciones, las ſubſtancie, y determine, y obre en todo conforme à derecho, con aperc bimiento: *ſe determinó ſin oir, ſin contextar y ſin recibir lo à prueba, ergo, ſe faltò en todo à la Executoria de la Sala.*

(336.)
Lex. 10. tit. 17. lib 4. de la Recop. & in leg 1. & 9. tit 6.

(337)
Vt probatur per gloſam inſum 2 qq 1. & per gloſ. in leg. prolatam Cod. de ſententÿs inter loc de iure regio faci leg. 2. tit. 15. part. 3 & in leg. 2 & 3 tit. 16. partit. 3. Azebedo in leg. 10 n. 107. cũ ſeqq tit 17. lib. 4. Recop. Amator Rodriguez part. 2 cap. 12. n. 5 cum ſequentibus & melius, n. 18. Bajo in ſua praxi, lib. 1 pars 3. cap. 21. n 45. ℣. & quod partes recipiantur ad probanda allegãda, & textes admitantur, & de ſubſtantia iudicÿ, & aliſque congerit.

(338.)
Ibidem Bayo n. 49. ibi: ſentencia debet eſſe iuſta libelũ alias ſi preter libe-

belium fuerit lata, nulla erit, cũ multis que congerit.

(339.)

Natal Comite, Mythol. lib. 9. cap. 15. ibi: Midas concessus, contulize iudex ipse thomulus mons inter Phebum, & Pana Pastorum Deum, de Arte Musica contendentes dilectus est, eius certaminis thomulus Phebum, Victorem; ad midas Pana suo iudicio pronunciabit.

(340.)

Prob. ibi: ignocens credi omni verbo.

NOTA.

Consta aver traido Palma, Real Provicion compulsoria, y de emplazamiento contra D. Salvador Gallegos.

(341.)

Textus in leg. 1. §. Dolum ff. de eopẽpum: ibi: sibi eum imputare qui credulus fuit: glos. in leg. Titio, ff. de condutionib. & demonstrationibus. Vbi quod non debemus alterius acertione facile credere, textus in leg. 3. ff de in renverso, textus in leg. nimia credulitatæ Cod. de actionibus, & de obligationibus.

(342.)

Quaderno de Probanças fol. 354. Escriptura, su fecha el dia 21. de Agosto de este año de 728. en la qual Don Joseph Ramon Zarco como Marido de Doña Malgarita de Castro, y Aguila posseedor de el vinculo, y Mayorazgo, q̃ fundò Francisco Ximenez, otorgò redempcion del censo, con el motivo de aver removido voluntariamente: D. Juan Gutierres de España, el Deposito, hecho en èl, por ante la Justicia de Malaga [que consta en este mismo Quaderno à fol. 310.) sin licencia de esta Justicia; lo removiò à la de la disposicion de la de Antequera, y se le diò por libre à Gallegos de este gravamen.

que salgan las determinaciones, como la que pronunciò el Rey Midas, en favor del Dios Pan, contra Febo, sobre el Arte de la Musica, que sin embargo de tener este vltimo las mas altas aprobaciones, saliô la sentencia contra el Dios Pan, que tenia voz de Asno: Fabula es, que refiere Natal Comite (339.) que nosotros referimos para manifestar la indiscreta credulidad de los que solo tienen vn oydo, y el poco lastre del juyzio, que solo se dexa vencer de èl, y no de la integridad de la causa (340.) Y aun por derecho es reprehensible el creer con facilidad (341.) lo qual es solo manifestar lo que el derecho previene, sin mas animo, que el referirlo senzillamente; pues nosotros no somos inventores de èl, y desseamos ciegamente obedecer las leyes.

ADVERTENCIA, Y DECLARACION III.

¶ 254. Despues de fenecido el termino de prueba, y dicho de bien probado, se ha presentado por Gallegos, vna escriptura, otorgada en Antequera, el dia 21. de Agosto de 728. (342.) en que se ha dado por libre del censo, y deposito perteneciente al dicho Mayorazgo, que fundò el Jurado Frãcisco Ximenez, cuyo gravamen, y obligacion de hazer la redecion en

An-

Antequera, ſe ocultò en la Contrata : Don Salvador Gallegos, reconociendo la certeza de eſte gravamen, y la ócultacion que hizo al tiempo de la Contrata, la ha ido à ſubſanar deſpues de pueſta la objepcion : *igitur :* cierta ; cierto el gravamen al tiempo de la Contrata, y cierto el dolo, que en ella ſe contuvo, que de eſte no ſe libra, aunque â la Viña, la aya libertado de êl ; pues la libertad, y qualidad de ella, que antes de la Contrata ſe requeria, no es baſtante el que deſpues ſe liberte de èl ; pues en la Cõtrata, ſe ocultô eſte gravamen, y obligacion de hazer el depoſito en Antequera, y porque Don Franciſco, opuſo, que ſe le ocultó eſte, y el perjuyzio ſe ha ido á enmendar deſpues debiendo ſer antes de la Contrata, para que no le perjudicaſe ; como ſucede en los requiſitos de los Capellanes, que han de tener al tiempo de los vacantes ; pues no les aprobecha el que deſpues de opueſtos purifiquen las qualidades, ó que ſe aviliten ſi antes no le eſtaban (343.) *igitur :* la preſentacion de dicho inſtrumento en que conſta averſe hecho de nuevo el depoſito en Antequera, conforme à la obligacion que tenia Gallegos, ſegun, y como eſtá probado, ſòbre eſte aſſunto ; es contra producentem, que fué malicia aver ocultado eſte gravamen ; que como

AAA. tal,

(343.)

Textus in leg. ſiqais michi bona §. iuſum ff. de adquerenda hereditate : leg fratres ff. de penu gloſ. in Clem. ut hibero de conſtitutis de etate, & qualitate Dom. Lara de Aniv. ṽ. lib. 2. cap. 9 n 53. ṽ. quia : ibi : quia qualitas ſeu habilitas que à principio requiretur non ſuficit ſi poſtea ſequatur.

tal, lo ha ido à redimir; despues que Don Francisco de Cardenas, lo ha expressado como tal; y en quanto â que sea cô no cierto, ó si pudo, ó no el depositario hazerlo; por si, y sin licencia de la Justicia de Malaga, no es de el dia, aunque es mejor dudarlo, que creerlo; pues para todo dâ motivo; que en muchos años, no pudo conseguir Don Pedro de Castro, y Aguila, con requisitoria de la Justicia de Antequera el entrego del deposito en esta Ciudad, y aora el depositario sin licencia de la Justicia de Malaga, que lo depositó en êl, llevó el dinero voluntariamente â depositar á la de la disposicion de la de Antequera.

¶ 255. Y aunque pudieramos sobre otros particulares, otras muchas advertencias, y declaraciones, y oposiciones, que tienen los testigos de la Probança de Gallegos, sobre lo qual estâ latamente alegado en el Pleyto: todo lo hemos omitido, por no hazer mas larga, y molesta esta Alegacion; pues sino sirve, lo que basta, de que ha de servir lo que sobra; con el concejo de *Pitagoras*, que siempre dixo: Que se pudiesse consisar à decir en poco mucho, que no en mucho poco. (344) y sino huviesse acertado con èl, pareciendo que nos hemos dilatado en el Pleyto, y su volumen, serviràn de apo-

(344.) *Ne multis Pauca, sed pausis multa complectere: Pitagoras in praeceptis.*

NOTA,

*Despues de acabado, se dize averse hecho los aprecios de la Viña, ofrecida, por hypoteca, que fuera de sus cargas y obligaciones Reales, que no estân baxadas en los aprecios, no llega à 4*ꝟ. *ducados su intrinsico valor, poco mas, ó menos: y sin hazer mension de la deuda,* que debe Gallegos à los Casamayores, que es crecida, *con esta no ay para pagarles:* ergo: *no avrá hypoteca, ni seguridad, y por el cõsiguiente imposible de afiançar Gallegos, á Cardenas esta venta; y maxime comprobado el dolo de la Contrata en todos sus particulares.*

185.
apoyo à esta disculpa; interin que Don Francisco, como esperamos, y pedimos la obtension de su justicia: Salvo in omnibus: con fecto 1. diæ Januarij 1729.

LIC. DON JOSEPH ANTONIO GONZALEZ DE TORRES.



Diolo a esta libreria Dn Juan Buenaventura Berrio Coleg. Actual de esta Casa
en el año de 1739.